

Expediente: **564/17**

Carátula: **CAZORLA CLAUDIO FABIAN C/ TARSHOP S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

Unidad Judicial: **EXCMA. CÁMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN SALA I**

Tipo Actuación: **FONDO CAMARA**

Fecha Depósito: **11/08/2023 - 04:48**

Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:

90000000000 - **TARSHOP SOCIEDAD ANONIMA, -DEMANDADO**

27213309671 - **CAZORLA, CLAUDIO FABIAN-ACTOR**

30715572318808 - **FISCALIA DE CAMARA CIV. Y COM.Y LABORAL C.J.CONCEPCION**

20166856389 - **BANCO HIPOTECARIO S.A., -DEMANDADO**

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CONCEPCIÓN

Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común Sala I

ACTUACIONES N°: 564/17



H20721625501

JUICIO: CAZORLA CLAUDIO FABIÁN C/ TARSHOP S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - EXPTE. N° 564/17.

En la Ciudad de Concepción, Provincia de Tucumán, a los 10 días del mes de agosto de 2023, las Sras. Vocales de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de este Centro Judicial de Concepción, Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba y Dra. María José Posse, proceden a firmar la presente sentencia, por la que se estudia, analiza y resuelve el recurso de apelación interpuesto por el letrado Marcos José Terán, en representación del Banco Hipotecario SA en fecha 12/4/2023 (según reporte SAE el 11/4/2023) contra la sentencia n° 64 de fecha 22/3/2023 dictada por la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común de la Iª Nominación de este Centro Judicial de Concepción, en estos autos caratulados: “Cazorla Claudio Fabián c/ Tarshop s/ Daños y perjuicios” - expediente n° 564/17. Practicado el sorteo de ley, el mismo da el siguiente resultado: Dra. María José Posse y Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba. Cumplido el sorteo de ley, y

CONSIDERANDO

La Dra, Maria José Posse dijo:

1.- Que por sentencia n° 64 dictada el 22 de marzo de 2023, la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común de la Iª Nominación de este Centro Judicial de Concepción resolvió hacer lugar a la acción por daños y perjuicios instaurada por el Sr. Claudio Fabián Cazorla, DNI n.° 28.920.860, con el patrocinio de la letrada Lilia A. Sacaba. En consecuencia, condenó al Banco Hipotecario SA, en carácter de sociedad absorbente de la firma Tarshop, por la suma de \$250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) a favor del actor, con más la actualización referenciada en el punto VI de los

considerandos. Ordenó que dicha suma deberá ser abonada en el plazo de 10 días de quedar firme la resolutive, haciéndose saber a las partes que vencido el término fijado para el cumplimiento, la resolución tendrá los efectos de la sentencia de remate (conforme a lo dispuesto en el art. 601 del nuevo CPCCT). Además impuso al Banco Hipotecario SA. una multa de \$1.500.000 (pesos un millón quinientos mil), a favor del actor Sr. Claudio Fabián Cazorla, DNI n.º 28.920.860, la que deberá ser abonada a los 10 días de quedar firme la presente. Finalmente, condenó en costas del proceso principal a la demandada vencida, Banco Hipotecario SA, y respecto de la impugnación a la pericial contable de la parte actora, por el orden causado (art. 105 del CPCCT).

2.- Al fundar su recurso en fecha 12/4/2023, expresó agravios el letrado Marcos José Terán, que en primer lugar se agravió por cuanto está probado que el actor Cazorla hizo la contratación con TARSHOP SA en el año 2017. Expresó también que está probado que todos los hechos descriptos en la demanda tuvieron lugar entre los meses que van desde julio de 2017 a noviembre de 2017, por lo que la sentencia resulta injusta y arbitraria en todas sus partes, ya que tergiversa los hechos probados en la causa con la única finalidad de encontrar un motivo para condenar al cesionario Banco Hipotecario SA y beneficiar al actor, cuando claramente su representado no tuvo ninguna responsabilidad en la producción de los hechos descritos en el escrito de la demanda.

Expresó que su mandante probó de manera contundente adjuntando la Carta oferta que suscribió con TARSHOP SA el 18 de enero de 2019, que fue en ese año cuando compró la cartera de productos que antes pertenecía a Tarshop SA. y probó también de manera fehaciente, que esa compra/cesión sólo involucró los productos de TARSHOP SA. que tenían una mora o atraso no superior a los 90 días, no incluyendo ninguno de los productos con mora o atraso superior, mucho menos aún incluía productos que ya habían sido cancelados.

Manifestó que en ninguna parte se refiere a créditos cancelados, y que en dicha carta oferta se pactó que el Banco Hipotecario SA deba responder por una obligación de hacer (desafectación de BCRA) relacionada con una deuda inexistente desde hace más de dos años atrás (se canceló en julio de 2017). Destacó que el actor en su demanda, y el a quo en su sentencia, ambos reconocen que el Sr. Cazorla canceló su deuda con TARSHOP SA. en el mes de julio de 2017, y que esa empresa lo desafectó de BCRA en noviembre de 2017, es decir cuatro (4) meses después, y que por ello le correspondería una indemnización, pero su mandante el Banco Hipotecario SA. nada tuvo que ver con esos hechos, y la compra/cesión de cartera tuvo lugar dos (2) años después y no incluía la tarjeta de crédito del actor, la que ya estaba cancelada en julio de 2017.

Agregó que cómo es posible que el *a quo* responsabilice al Banco Hipotecario SA por los hechos descriptos en la demanda, cuando la compra/cesión de cartera era solo de productos morosos con atraso no superior a los 90 días, es decir productos financieros donde los titulares habían incurrido en incumplimiento en el pago de sus obligaciones, mientras que en el caso de autos la deuda ya estaba cancelada desde julio de 2017.

Resaltó que la cesión/compra de cartera obviamente no incluyó los productos que ya habían sido cancelados a TARSHOP SA., mucho menos por supuesto una tarjeta de crédito cancelada dos años antes. Añadió que como la deuda morosa del actor Cazorla fue cancelada en julio de 2017, cabe preguntarse entonces en este caso concreto, ¿qué es lo que TARSHOP SA. le cedió al Banco Hipotecario S.A.? ¿Una deuda que ya no existía hace dos años?.

Manifestó que la cesión de créditos involucra una acreencia que el cedente traslada al cesionario, para que ocupando su lugar (subrogación) la cobre e ingrese en su patrimonio, ese dinero de la cancelación entró en 2017 al patrimonio de TARSHOP S.A., y por motivos que su mandante desconoce, esa empresa no habría desafectado al actor de BCRA en tiempo y forma.

Indicó que el actor no ha probado de ninguna manera que se le haya rechazado un crédito de otra entidad financiera por motivo de la demora de TARSHOP SA, y ello era muy fácil de acreditar, ya que cuando una persona concurre a solicitar, la entidad financiera expide una constancia del motivo del rechazo, o bien el actor podría haber producido prueba informativa a ese respecto, pero no lo hizo. Violó en forma abierta el principio de "*pacta sunt servanda*", el *a quo* hace decir a los firmantes de esa carta oferta de fecha 18/1/2019 algo que nunca tuvieron intención de contemplar ni acordar en su contratación, declarando abusiva la limitación de los 90 días de mora respecto de los productos vendidos.

También se agravio por la condena impuesta de daño punitivo, atento a que no basta el mero incumplimiento contractual o legal para que los jueces dispongan esta multa civil, sino que además se exige que haya existido en el accionar de la parte dolo, culpa grave, abuso de posición trato indigno, etc.

Por otro lado, se agravio por la condena de daño moral, dado que nunca se aclaró en ninguna parte cuál es la tasa de interés a aplicar, lo que demuestra una vez más las incongruencias que existen en el fallo recurrido.

En último lugar se agravio en relación a las costas, en cuanto el *a quo* impuso a su mandante las del proceso principal, y las producidas por el incidente de impugnación de pericia contable las impone por su orden, beneficiando nuevamente al actor sin justificación alguna.

3.- Corrido el traslado de ley, en fecha 4/5/2023 contestó agravios la parte actora y solicitó el rechazo del recurso con expresa imposición de costas, en base a situaciones fácticas y jurídicas que se tienen por reproducidas en pos de brevedad y economía procesal.

4.-Antecedentes relevantes del caso:

4.1. La demanda: Relató el actor que en el año 2016 obtuvo un crédito personal en TARSHOP SA, el cual fue cancelado en tiempo y forma. Al mismo tiempo emitieron a su favor y sin que solicitara una tarjeta de crédito Shopping.

Manifestó que a partir del mes de marzo del año 2017 a través de la cuenta n° 709169312 personal de la tarjeta reclamaron el cobro de una suma dineraria, cuya causa era inexistente. Al presentarse en la sucursal le pidieron tiempo para reveer su cuenta y así pasaron varios meses sin obtener ninguna solución al respecto hasta que en el mes de Julio de 2017 emitieran a su favor Certificado de Cancelación de Deuda, que desde ya adjunto y ofrezco en calidad de prueba como asimismo historial de informes previos.

Expresó que a pesar de esta liberalidad lo continuó afectado en BCRA y por ende automáticamente en VERAZ y demás organismos crediticios; razón por la cual en fecha 8/9/2017 remitió CD 79274555 4 a la Tarjeta Shopping requiriéndoles la desafectación de mi firma por ante VERAZ como asimismo le abonen la correspondiente indemnización por daños y perjuicios debido a raíz de su inclusión indebida en calidad de moroso. Agregó que la situación le ocasionó graves e irreparables perjuicios dado que fue privado de obtener un crédito personal para costear los gastos de tratamientos, medicamentos, estudios e intervención quirúrgica de su progenitor Juan Miguel Cazorla, quien está a su exclusivo cargo y cuidado.

Expuso que el mencionado hecho es imputable al demandado, como entidad acreedora que notificó el dato de la deuda al fichero de morosos y que no ha comunicado posteriormente la cancelación del dato, tal como lo reconocieron expresamente en fecha 24/7/2017 y es más reconocieron a través de CD +8310398-5 emitida a través de Correo Andreani. Que se procedió a dar de baja la tarjeta

Shopping de la cual fuera titular y que como no era cliente de TARSHOP SA. ni mantenía ningún vínculo contractual, a pesar de que había cancelado deuda, sin especificar fecha alguna y comunicar al Banco de la República Argentina la situación crediticia de todos sus socios en estado de normal cumplimiento y en mora.

4.2. Contestación de demanda: El letrado apoderado expresó en cuanto que los hechos descritos en el escrito de demanda, y la carta oferta referida, observó que el Banco Hipotecario SA no tiene nada que ver con los hechos alegados y que supuestamente ocasionaron los daños y perjuicios que el actor invoca. El hecho dañoso habría surgido de una afectación errónea en BCRA y VERAZ producida durante el año 2017, por una deuda que el Sr. Cazorla tenía con TARSHOP SA. por su tarjeta de crédito VISA SHOPPING n° de cuenta 709169312, deuda que él dice canceló totalmente, por lo que la afectación habría sido injustificada. Ocurre que la cesión de créditos de cartera de TARSHOP SA. a favor del Banco Hipotecario SA., no involucró ninguno de los dos productos que el Sr. Cazorla tenía otorgados por TARSHOP SA.

Detalló que los créditos cedidos incluyen: los nuevos créditos cedidos originados, en el presente caso el actor ha reconocido que la deuda que habría originado la afectación en BCRA y VERAZ proviene de su tarjeta de crédito SHOPPING N° 709169312, y de las constancias del expediente surge con precisión que esa deuda data del año 2017, es decir que tiene una mora/atraso muy superior a los 90 días, de modo que esa deuda no estuvo incluida entre los créditos cedidos a su mandante, porque como lo dice la carta oferta en varias partes, la cesión sólo incluyó los créditos originados por el uso de la tarjeta de crédito en el marco de los contratos de tarjeta de crédito, que no superen los noventa (90) días de mora.

La deuda que habría motivado la información en BCRA y VERAZ data del año 2017, por lo que no estuvo incluida en la cesión operada. Por otro lado, de la prueba documental adjuntada con la demanda, surge evidente que el Banco Hipotecario SA. nunca informó negativamente en BCRA al Sr. Cazorla, que esa información solo fue realizada por TARSHOP S.A. durante el mes 6/2017, es decir durante el mes de junio de 2017, y en categoría N° 3 de deudores.

Manifestó que no es verdad que el actor haya sido informado por TARSHOP SA. en categoría n° 5 ante BCRA, VERAZ, NOSIS, Federación económica, etc., circunstancia que no fue probada, asimismo como surge de la documental que adjuntó con la demanda, Tarshop SA. lo tuvo afectado en categoría n° 3 solo en BCRA y durante un solo mes, es decir junio de 2017.

Destacó que su mandante nunca informó al Sr. Cazorla en BCRA ni VERAZ, es más, él nunca llegó a ser cliente del Banco Hipotecario SA., porque ninguno de los dos productos que le había otorgado TARSHOP SA., estuvo incluido en la cesión de cartera que tuvo lugar en enero de 2019, es decir, si algún inconveniente sufrió el Sr. Cazorla, fue debido al accionar de TARSHOP SA., persona jurídica diferente del Banco Hipotecario SA.

4.3. Por sentencia n° 64 dictada el 22 de marzo de 2023, la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común de la Iª Nominación de este Centro Judicial de Concepción resolvió hacer lugar a la acción por daños y perjuicios instaurada por el Sr. Claudio Fabián Cazorla, con el patrocinio de la letrada Lilia A. Sacaba. En consecuencia, condenó al Banco Hipotecario SA en carácter de sociedad absorbente de la firma Tarshop, por la suma de \$250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) a favor del actor, con más la actualización referenciada en el punto VI de los considerandos. Dicha suma deberá ser abonada en el plazo de 10 días de quedar firme la presente resolutive, haciéndose saber a las partes que vencido el término fijado para el cumplimiento, esta resolución tendrá los efectos de la sentencia de remate (conforme a lo dispuesto en el art. 601 del nuevo CPCCT). Además impuso al Banco Hipotecario SA. una multa de \$1.500.000 (pesos un millón quinientos mil), a favor del actor

Sr. Claudio Fabián Cazorla, DNI n.º 28.920.860, la que deberá ser abonada a los 10 días de quedar firme la presente.

Finalmente, condenó en costas del proceso principal a la demandada vencida, Banco Hipotecario SA., y respecto de la impugnación a la pericial contable de la parte actora, por el orden causado (art. 105 del CPCCT).

5. Sin perjuicio del tratamiento integral que se realizará sobre las cuestiones que son objeto de recurso, cabe recordar que los jueces no están obligados a analizar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino tan solo los que consideren suficientes y decisivos para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Loutayf Ranea Roberto G. “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, t. 2 p. 310/313, Astrea, 2ª ed. act. y amp., Bs. As., 2009).

5.1- He de resaltar que en la especie resulta aplicable la Ley 24.240 (Defensa del Consumidor), como resolvió la Sra. Magistrada. Ello por cuanto:

El Sr. Claudio Fabián Cazorla (actor) adquirió un servicio a título oneroso como destinatario final, que en el caso resulta ser una tarjeta de crédito extendida a su favor.

El Banco Hipotecario SA, resulta proveedor de servicios en los términos del art. 2 de la citada ley, y además, tal carácter surge de la escritura n.º 1475 de fecha 02/09/2019 consistente en un acuerdo definitivo de fusión entre el Banco Hipotecario (absorbente) y Tarshop con BH Valores (absorbidas), y consecuentemente, cesionario de la cartera de productos de Tarshop.

Al respecto cabe señalar que el régimen consumeril consagra una obligación de seguridad a cargo de los proveedores. Concretamente, y como señaló la Sentenciante, el art. 42 de la CN dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (). A su turno la Ley 24240 en su art. 5 establece: “Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados y prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para los consumidores o usuarios”, a continuación, el art. 6 expresa: “Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos”. Asimismo, el artículo 40 de la misma normativa prevé: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. (). La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Esta obligación de seguridad es el deber secundario y autónomo que, expresa o implícitamente, asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus contratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución. Tiene sustento en el principio de la buena fe (art. 1198 Cód. Civil) y en su ámbito específico, en el orden público de protección que impera en materia de defensa del consumidor. La utilidad práctica que ofrece depende, en buena medida, de que se afecten intereses distintos al de la prestación principal. Se refiere estrictamente a los daños que puedan experimentar la persona o los bienes de los contratantes con motivo de la ejecución contractual y constituye una obligación distinta de las que esencialmente impone el contrato a las partes. (Pizarro, Daniel Ramón "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa –contractual y extracontractual", ed. L.L., T3, pág. 257/258) (CNCiv. Sala D, “Torres, Marcelo Rubén y otro vs. Guasconi, Juan Carlos y otros s. Daños y perjuicios”, 11/04/2022; Rubinza Online /// RC J

Como consecuencia de ello, cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva del proveedor (conf. Picasso, Sebastián - Wajntraub, Javier H., Las leyes 24787 y 24999: consolidando la protección del consumidor, JA, 1998-IV-753, Picasso, Sebastián, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, L.L., Buenos Aires, 2009, t. I, p. 160 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo L., Defensa del consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 285).

Por ello, y a los fines de deslindar la responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad la demandada debe demostrar la existencia de una causa ajena -tendiente a fracturar el nexo causal-, sin que baste la prueba de su falta de culpa, dado que este factor resulta extraño a la imputación objetiva. Ello así, porque es una responsabilidad contractual derivada de una obligación de resultado. Así, pesa sobre aquella persona contra quién se ha dirigido la acción, la carga de acreditar que el hecho se debió a la culpa del damnificado, o de un tercero por quien no sea civilmente responsable, o que provino de caso fortuito o fuerza mayor. Añádase que la concurrencia y acreditación de las condiciones eximentes, deberán ser interpretadas con criterio restrictivo -siendo la prueba liberatoria fehaciente e indubitada-, toda vez que la normativa ha creado factores objetivos de atribución que deben cesar únicamente en casos excepcionales.

5.2 Responsabilidad: cuestiona el recurrente que la Sra. Magistrada haya condenado a su parte - Banco Hipotecario- cuando de la operatoria de cesión realizada no alcanzaría a la obligación reclamada en este juicio al haber declarado abusiva la cláusula que limitaba la transferencia a un periodo reducido de tiempo.

Al respecto cabe puntualizar que se reiteran los argumentos esgrimidos en primera instancia, en especial los mencionados en la contestación de demanda, sin rebatir o atacar concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo- Tal omisión sella la adversidad de su procedencia, conforme criterio uniforme en doctrina y jurisprudencia.

"El contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución; sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica concreta y razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implique el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas" (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 837.

Ello significa el rechazo del recurso por insuficiencia de agravio.

Pero además, la decisión judicial de enervar la cláusula contractual declarando su ineficacia por desnaturalizar las obligaciones que para el consumidor implican luce una adecuada decisión conforme los paradigmas protectores del derecho consumeril.

Se ha sostenido que cláusulas abusivas, vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas son expresiones utilizadas para denotar la ruptura de la simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico o del contrato, la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos, la preeminencia de uno, el conferimiento o atribución de facultades mayúsculas, la exclusión o restricción de las estatuidas por el ordenamiento, el escollo para su ejercicio, la ausencia de negociación, el abuso de poder en la formación, celebración, ejecución y terminación del acto dispositivo y, en general, el detrimento de su regulación normativa, con una generalización y confusión lamentable e inconveniente (11).

NAMÉN VARGAS, William, "Las cláusulas abusivas", Revista de Derecho Comparado, Cláusulas abusivas - II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 175 "ye en cuanto a su recepción normativa: ", tanto en la LDC como en el el Cód. Civ. y Com., se ubica a las cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos por adhesión y de consumo.(s arts. 37, 38 y 39 de la ley 24.240 —que forman parte del Capítulo IX que lleva el título "De los términos abusivos y cláusulas ineficaces"; y de la Sección 2ª que lleva el título "Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas", Capítulo 3, del Título II, del Libro III relativo a Derechos Personales del Cód. Civ. y Com. de la Nación (arts. 984, 985, 986, 987, 988 y 989), que debe observarse en conjunción con el Capítulo 4 titulado "Cláusulas abusivas", del Título III que trae el título de "Contratos de consumo", del Libro III relativo a Derechos Personales del Cód. Civ. y Com. de la Nación (arts. 1117, 1118, 1119, 1120, 1121 y 1122). (Cita: TR LALEY AR/DOC/1397/2019.

Uno de los ejemplos de cláusulas abusivas con aquellas que desnaturalizan las obligaciones.

A este respecto, Lorenzetti expresa que el término "desnaturalización" supone que hay algo "natural" que se deforma en el caso; lo "natural" es usado en el sentido de "normal", y concretamente se hace referencia al modelo que patentiza el Derecho dispositivo. El Derecho dispositivo es un deber ser; un modelo que el legislador considera razonable y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta. De esta forma, si una cláusula se aparta de este modelo de razonabilidad, sin un motivo justificado, sería irrazonable, sería una cláusula que "desnaturaliza" lo natural, lo normal, pues vulnera la reciprocidad obligacional en las prestaciones. La desnaturalización es entendida en general por la doctrina extranjera y argentina en el sentido de apartamiento injustificado del Derecho dispositivo (LORENZETTI, Ricardo L., en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., Defensa del Consumidor. Ley 24.240, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 244. LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", ob. cit., p. 293.).

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de cláusulas abusivas en las relaciones de consumo, consideró que "...tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante para hacer operativo el derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional" Fallos: 340:172. La Ley AR/DOC/1875/2022.

Bajo dicho prisma , la cláusula del contrato de absorción del Banco Hipotecario con la firma Tarshop que limita su responsabilidad y por la cual el consumidor queda privado de la posibilidad de reclamar por los daños producidos en ocasión de la contratación, constituye una desnaturalización del principio instaurado por la ley al limitar su responsabilidad e incumplir con el deber de seguridad, y lleva a su sanción de nulidad o inexistencia como lo declaró la Sra.- Magistrada.

Por ello este agravio debe ser rechazado.

5.3. Daño moral: Cuestiona el Banco Hipotecario el monto por el que se lo condenó a pagar el daño moral sobre la premisa que en realidad TARSHOP SA habría incumplido con esa obligación durante tres meses, y en base a esa cortísima afectación indebida, el a quo se despacha con una condena de \$ 250.000.- por daño moral".

En primer lugar cabe recordar que el daño moral, existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos, esto es, cuando el agravio incide en las afecciones legítimas: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares y que su reparación tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio, pues se procura establecer una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del daño moral sufrido (conf. Zavala de González, M., "Cuánto por daño moral", La Ley 1998-E-1057; citado en el voto de la Dra. Najurieta de esta Sala, en la causa 7441/07 del 28.4.2015).

Al respecto la Jurisprudencia tiene dicho: “Si bien es cierto que resulta ser doctrina legal de la SCJ de la Provincia de Buenos Aires que en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, también lo es que para acreditar tal daño no es necesario la existencia de prueba directa, cuya realización resulta imposible atento la índole del perjuicio, pudiendo ser acreditado por medio de indicios que lleven a la convicción del juzgador acerca de la configuración del daño. Por su parte, dicho criterio restrictivo se encuentra atemperado cuando nos encontramos frente al reclamo efectuado por un consumidor quien por su particular condición de parte débil, que no sólo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones ya sea patrimoniales o informativas para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido” (STJ, Jujuy; 22/05/2017, “Salum, Andrés Alejandro vs. Banco Santander Río S.A. s. Ordinario por daños y perjuicios - Recurso de inconstitucionalidad”; 22/05/2017; Rubinzal Online /// RC J 5000/17).

En el caso concreto, lo que el actor revela como angustia a raíz del hecho dañoso no tiene ninguna correspondencia con el plazo de duración de su afectación económica sino con la circunstancia de no haber podido obtener la ayuda que necesitaba para solventar los gastos derivados de la situación familiar que describe en la demanda, consistente en la imposibilidad de obtener un crédito bancario para la atención de la enfermedad de su padre.. Tal circunstancia es avalada por los certificados médicos de Dr Jose Gustavo Jorge del 5/6/2017 , que obran en original puestos a la vista por Secretaría y que fueron adjuntados en la demanda. A ello se le suma las declaraciones testimoniales de Mirta del Valle David y de Sandra Álvarez que relatan la situación del actor de tener a su cargo a su padre y del crédito (audiencias video grabadas agregadas el 3/8/2022 y el 1/8/2023.

Por otra parte, de la correspondencia vía mail con la firma demandada Tarshop- agregada en la demanda-surge que el actor reclamó desde Junio de 2017 la revisión del cobro de intereses (mail del 26/6/2017 hs.2020) y que su reclamo de revisión fue resuelto favorablemente (mail del 3/7/2017 hs. 11.36). Sin embargo, en ese lapso, ya había sido notificado de una cobranza extrajudicial por parte del estudio de abogados “ Bandini &Guarnieri (mail del 3/7/2017 hs.10.38) del año 2017.

Posteriormente, el actor solicitó la constancia de Libre deuda (mail del 11/7/2017) que fue confeccionada el 24/7/2017.

De la correspondencia por mail del mes de Septiembre de 2017 entre el actor y María Carolina Baldich, a cargo de Banca Individual del Banco Macro, surge que ante la petición de un “PP” se le habría denegado por una situación irregular en el BCRA (mail del 2/10/2017).

Por su parte, el actor al momento de los hechos era empleado de una entidad bancaria, el banco Macro, que es el que le informa de la situación de moroso que le impide obtener crédito, tal como consta en la correspondencia via mail entre el actor y María Carolina Baldich, de la Banca Individuos del Banco Macro,el mail en donde,frente al pedido del actor, se informa que “hay una situación irregular en el BCRA” y que cuando “ soluciones y se borre del BCRA lo vemos” (mail del 2/10/2017 hs 11.10). Tal respuesta, remitida por personal del banco a cargo de la banca permite inferir que el actor estaba solicitando un préstamo que es denegado por la situación de afectación subsistente en el mes de Octubre del 2017 a pesar de que el actor ya había presentado el libre deuda otorgado por Tarshop.

Como destaca en su respuesta el actor, la afectación en el BCRA provoca una irregularidad que tiene ribetes de mayor importancia cuando se trata de un empleado bancario, situación que es de público conocimiento. A lo que se sumó el reclamo por medio de abogados cuando ya se había cancelado y obtenido resultado favorable en las gestiones de revisión reclamadas por el actor.

Por ello, razonablemente podemos concluir que tal situación afectó su espíritu y dignidad, de forma anímicamente perjudicial, en el marco de una relación de consumo -la relación bancaria- en la cual el consumidor debe tener seguridad y confianza. Es claro que el actor debió sufrir, desde sus derechos de consumidor, las vicisitudes del incumplimiento del banco (no velar por su seguridad conforme lo dispone el art. 42, Constitución Nacional) lo que también debió afectar sus sentimientos -sensación de preocupación, incertidumbre, frustración, impotencia y desesperación-, como una consecuencia normal y ordinaria; lo que sin dudas no necesita prueba, pues se evidencia por los hechos. Hubo una inobservancia que devino de obligaciones impuestas por la Ley de Defensa del Consumidor y que fueron transgredidas por la demandada, quien debió brindar en primer lugar un servicio seguro, y en segundo lugar una válida solución al planteo del actor.

Teniendo en cuenta la situación fáctica sufrida por el Sr. Cazorla y las particularidades de la causa, estimo que la suma otorgada por la Sra. Juez de primera instancia resulta adecuada y razonable para compensar el daño espiritual sufrido por los actores.

En función de las condiciones apuntadas, los argumentos expuestos por el apelante no resultan conducentes para modificar las razones dadas por la Sentenciante en el fallo de primera instancia, razón por la cual el agravio resulta inadmisibile, resultando equitativa la suma de \$ 250.000 fijada por la Sentenciante.

5.4. Daño Punitivo: Al respecto éste Tribunal dijo: "El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, reformada por Ley 26.361/2008 incorporó la figura del "daño punitivo". Se trata de una multa civil a favor del consumidor que puede establecer el Juez en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, aclarando la norma que es independiente de otras indemnizaciones que puedan otorgarse a favor del consumidor. "El daño punitivo tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. La "pena privada" está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados" (CSJTuc, sentencia n° 939 del 6/12/2011, "Borquez Juana Francisca c/ Cía. de Teléfonos del Interior SA CTI Móvil s/ Daños y perjuicios", citando a Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949; ídem Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II Cam. 1a Apel. Civil y Com. Mar del Plata, sala II, "Machinandarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina" del 27/5/2009, en La Ley 2009-C, 647; ídem Cam. Apel. Civil y Comercial de Rosario, Sala II, "Rueda, Daniela vs/ Claro Amx Argentina S.A., sentencia del 29/7/2010, en La Ley 29/11/2010, 9; en similar sentido Cam. Apel. Civil y Com. San Isidro, Sala I, "AngladaNorcí A. vs/ Bristol Medicine SRL, del 1/11/2010, en RCyS 2011-III, 203), CSJTuc. - Sala Civil y Penal- sentencia n° 556 del 6/7/2012, "SassiColombres Francisco Fernando vs/ Claro (AMX Argentina SA - ex CTI Móvil SA s/ Sumarísimo") (CCiv. Com. Concep., Sala única, s/ Daños y perjuicios", expte. n° 503/12, sentencia n° 170 de fecha 28/9/2016)".

Nuestra Corte ha sentenciado: "Debe ponerse de resalto que la cuantificación del daño punitivo -al igual que el daño moral- no tienen un parámetro económico fijo, sino que por la índole subjetiva que involucra estos tipos de reclamos, quedan sujetos a la determinación prudencial por parte del juzgador, quien -en el caso de los daños punitivos- cuenta con las pautas y límites establecidos en los artículos 47, 49 y 52 bis de la Ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor para la concesión y mensuración del mismo (CSJT, sent. n° 590/2019) () En materia de consumo, la norma rectora en la materia (Ley n° 24.240 de la Ley de Defensa del Consumidor) marca pautas claras al juzgador (sea a la autoridad de aplicación para la imposición de una sanción por infracción o al juez para el otorgamiento de daño punitivo) entre la que está 'la posición en el mercado del infractor' (art. 49

LDC), lo que quiere significar ni más ni menos que cuanto mayor sea la envergadura de la empresa y mejor posicionamiento tenga en el mercado, mayor debe ser la multa aplicada, y ello a efectos de cumplimentar con la finalidad retributiva y ejemplificadora (prevención general y especial) prevista en el sistema protectorio del consumidor. Lo expuesto precedentemente se ve respaldado por la más prestigiosa doctrina sobre el tema. Así, Ramón Pizarro asegura que 'las pautas de valoración para la graduación de la sanción por daño punitivo son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etc.' (Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, p. 530, Hammurabi, Bs.As., 2004)" (cfr. CSJTuc., sentencia n° 620 del 7/9/2020, "Bezian María Isabel y otro vs. Telecom Personal SA s/ Daños y perjuicios") (CSJTuc., sentencia n° 434 del 16/6/2021, s/ Daños y perjuicios").

Bajo ese mismo raciocinio, la CSJT sostuvo que "si bien la determinación de la multa depende del prudente arbitrio judicial, el juzgador debe tener en cuenta a los fines de su determinación la capacidad económica del dañador, la naturaleza y grado de reproche, la extensión del beneficio obtenido, la propagación de los efectos de la infracción, la prolongación en el tiempo del daño y la extensión de los riesgos sociales. En esta inteligencia, tal como enseña Zavala de González, las pautas aludidas resultan aplicables analógicamente a las multas civiles previstas en el art. 52 bis, por lo que cabe realizar las siguientes precisiones como presupuestos de vigencia del daño punitivo: a) La «cuantía del beneficio obtenido», pues en él se comprende la magnitud del ahorro en costos de prevención; b) La «posición en el mercado del infractor». No es igual el poder preventivo ni la capacidad de pago del titular de una gran fábrica, que el de un modesto emprendimiento familiar, aunque en ambos casos el producto sea análogo y pueda tener idéntica falencia; c) La «gravedad de riesgos o de daños sociales», pues su entidad y propagación suelen acentuarse cuanto más serias son las gestiones de seguridad soslayadas por el infractor. Por consiguiente, tal como dice la autora citada, aunque la gravedad del mal individual puede ser pauta para graduar la multa, mucho más decisiva es la repercusión comunitaria de la infracción, incluso como riesgo abstracto, sin desarrollo fáctico hacia afecciones precisas... De todo lo dicho se sigue que el juez debe buscar pautas objetivas a los fines de que la sanción punitiva que se concrete pecuniariamente se encuentre sólidamente fundada, máxime teniendo en cuenta su claro tinte sancionatorio. En síntesis, será labor del juez determinar en el caso concreto los presupuestos de procedencia de la multa civil, explicando las pautas cualitativas y cuantitativas consideradas para fundamentar la condena'. (Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza; 'Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino', Diario La Ley, T. LXXV~239, 2011-12-19)" (CSJTuc., sentencia n° 590 del 25/4/2019, "Esteban Noelia Estefanía vs/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/ Daños y perjuicios").

Es que, en el sub-examen, la demandada incurrió en una conducta anacrónica objetivamente, quebrantando el estándar empresarial esperable de toda empresa seria que se precie de tal, y según fueron sus roles y funciones desplegadas ante la sociedad, generando con ello el factor objetivo de atribución. En efecto, y al decir de Carlos Alberto Ghersi, el comportamiento estándar de las empresas como parámetro objetivo constituye un rol y una función esencial en el derecho del consumo. La falta de adecuación a esos estándares de comportamiento, hace que la empresa objetivamente sea responsable de su actitud adversa al estándar y por ello genera dos efectos: a.) modifica las reglas del mercado alterando la competencia y perjudicando al mercado mismo y a las otras empresas competidoras; y b.) genera una conducta antisocial y de desconfianza que afecta a los consumidores. Así, el daño punitivo tiene por función una sanción patrimonial, dentro del derecho

privado, que permite incitar a las empresas a reencauzar su conducta hacia aquellos estándares objetivos.

En el caso, no caben dudas que el actor sufrió un trato indigno, tanto por la falta de diligencia en la supervisión de la desafectación bancaria como por el hostigamiento posterior, hechos que califican como una infracción al deber de información y trato digno del consumidor pasible del mismo correctivo, conforme la recta interpretación del art. 52 bis de la Ley N° 24.240. Bastaba que la parte demandada cumpliera con el informe del pago cancelatorio para que se produjera la desafectación. Tal omisión, frente a la capacidad operativa del demandado implica una desatención a su obligación de resultado a la que se sujetó, amparándose en su posición innegablemente dominante respecto del cliente, ya que se trata de un "profesional" en la actividad bancaria por lo que, y como sujeto proveedor, debió observar un mayor cuidado para que la prestación del servicio sea correcta y para que, en la eventualidad, los avances tecnológicos sean para mejorar la seguridad de las transacciones y no que, como ocurrió en el sub-lite, vayan en desmedro de los derechos de los consumidores. Incurrió en una marcada inconducta que se presentó por la falta de respuesta acorde a las circunstancias; un evidente desinterés en dar la solución al consumidor urgiendo debidamente los actos necesarios para ello, persistiendo el banco en su primigenia y obstinada posición negatoria.

Así las cosas, no puede pasar inadvertido que la vida del consumidor no debe verse entorpecida, obstruida o fastidiada por los incumplimientos de los proveedores y, si ello ocurre, es menester que el infractor asuma su responsabilidad lo que, además, sería de esperar que ocurriera en un tiempo sensato.

Por eso, valorando la gravedad del hecho consistente en: 1) La tardanza en la desafectación económica del actor; 2) la falta de diligencia en el envío de la cancelación de deuda; 3) la falta de comunicación al actor de la cesión operada que lo llevó a transitar nulidades en el proceso 4) la falta de información de la cesión por absorción entre los demandados que llevo a que en este proceso civil se tuviera que dictar una nulidad con el retroceso procesal que implica, surge evidente la conducta contraria a la buena fe por parte de la entidad bancaria.

Es en razón de lo expuesto que el agravio de la parte demandada debe ser desestimado.

5.5- Interés: el recurrente plantea en su agravio que la sentencia no especifica el interés a aplicar en la cuantificación del daño moral que condenó a pagar desde el 8/9/2017 hasta su efectivo pago.

Es oportuno destacar que los intereses moratorios no constituyen un modo de actualización del capital sino que buscan resarcir el daño que al actor ocasiona el incumplimiento del deudor y poseen como causa la privación al dueño del capital que el deudor no tiene derecho a retener, y que su reconocimiento en el art. 622 del CC es de pleno derecho desde la fecha de la mora, que en el caso es la del accidente 24/6/2011, fecha del hecho dañoso que origina el resarcimiento moratorio. En este sentido este Tribunal ha venido sosteniendo que el interés a aplicar para el daño moral se fija en la sentencia, de manera que retrotraer la aplicación de la tasa activa del BNA a la fecha de la mora importaría incurrir en un desplazamiento patrimonial injustificado, ya que se estaría computando dos veces el componente "desvalorización" o "depreciación" monetaria que integra las tasas bancarias: una, en oportunidad de fijar montos en la sentencia -crystalización-; y otra, a partir de ese momento y hasta el efectivo pago (cfr. sentencia n° 15 del 14/2/2017 in re "Cuello Clara del Valle c/ Autotransportes Andesmar SA y otro s/ Daños y perjuicios" - expediente n° 373/10 y sent. n° 206 del 11/9/2017 en "Mercado René Ricardo y otra c/ Ottino Víctor Hugo y otro s/ Daños y perjuicios" - expte. n° 450/11., entre otros). Por ello el interés a calcular por el rubro daño moral se fijará en un interés puro anual del 8% desde la fecha del hecho (mora) hasta la fecha de la sentencia

de primera instancia y desde esta última fecha hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

5.6-Costas: La demandada se agravia de la imposición de costas y pide su revocación como consecuencia del resultado del recurso.

Atento que se confirma la sentencia el agravio se torna inadmisibile en relación a las costas del juicio principal impuesta al demandado vencido, manteniéndose la imposición por el orden causado en relación a la impugnación de la pericia al no haber recurrido la parte actora en virtud del principio que establece que el Tribunal de segunda instancia tiene prohibido cambiar el fallo del de primera instancia en detrimento del que lo impugnó. (*non reformatio in pejus*).

6.- La distribución de costas de la Alzada, atento al resultado arribado y a los alcances del beneficio de gratuidad del derecho consumeril, se imponen a la parte vencida Banco Hipotecario SA por cuanto si bien procede parcialmente el agravio de las demandadas respecto de la fecha de inicio de los intereses punitivos, estos son solo una consecuencia del reconocimiento del rubro (arts. 61 y 62 del CPCCT y 53 LDC).

Es mi voto.

La Sra. Vocal Dra. Mirtha. Ibañez de Córdoba dijo: que por estar de acuerdo con los fundamentos del voto de la Sra. Vocal preopinante, vota en idéntico sentido.

Y VISTO el resultado del presente acuerdo, se

RESUELVE

I).- NO HACER LUGAR al recurso de apelación deducido por el letrado Marcos José Terán, en representación del Banco Hipotecario SA en fecha 12/4/2023 (según reporte SAE el 11/4/2023) contra la sentencia n° 64 de fecha 22/3/2023 dictada por la Sra. Juez en lo Civil y Comercial Común de la Iª Nominación de este Centro Judicial de Concepción.

II).- COSTAS al vencido, Banco Hipotecario SA (arts. 61 y 62 del CPCCT y 53 LDC), por lo valorado.

III) TENER PRESENTE la reserva de la cuestión federal de interponer recurso extraordinario en los términos del art. 14 de la Ley 48 planteada por el demandado Banco Hipotecario SA.

IV).-RESERVAR pronunciamiento sobre honorarios.

HÁGASE SABER.

Firman digitalmente:

Dra. María José Posse.

Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba.

ANTE MÍ: Firma digital: Dra. María Virginia Cisneros - Secretaria.

Actuación firmada en fecha 10/08/2023

Certificado digital:
CN=CISNEROS Maria Virginia, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27355189347

Certificado digital:
CN=IBÁÑEZ Mirtha Ines, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27142255516

Certificado digital:
CN=POSSE Maria Jose, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27130674513

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.