

REGISTRADA BAJO EL N° 230 (S) F° 1522/1539**Expte. N°168545 Juzgado N° 16**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 28 días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: **"AIELLO DARIO ARIEL C/ PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A. E INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (ARGENTINA) S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) "**, en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélida Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 344/ 363 ?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:**I.-Antecedentes.**

1) A fs. 56/ 74 el Dr. Francisco Esteban Cid, como apoderado del Sr. Darío Ariel Aiello, promueve demanda de reintegro de sumas de dinero e indemnización de daños y perjuicios contra Prisma Medios de Pago S.A. e Industrial And Commercial Bank Of China (ICBC-Argentina) S.A..

Justiprecia el monto de la pretensión de repetición en el importe de dólares estadounidenses un mil doscientos setenta con diecisiete centavos (u\$s1.270,17) y el de la pretensión resarcitoria en la suma de pesos ciento cincuenta mil ochocientos (\$ 150.800). Pide que se adicionen intereses y costas.

Relata que resulta consumidor bancario del servicio de tarjeta de crédito "VISA", comercializada por la entidad financiera demandada (Banco ICBC), y administrada por la firma Prisma Medios de Pago S.A. (antes VISA Argentina S.A.), quienes revisten la calidad de proveedores en los términos y con los alcances fijados en los arts. 1 y 2 de la Ley 24240, modificada por Ley 26.631.

Alega que, con fecha 23 de junio 2016, concurrió a un comercio ubicado en la Avenida Fashion N° 488 de la Ciudad de Nueva York, denominado "ALR WIRELESS INC _ ROYAL", para comprar un celular marca Samsung, modelo J7, abonando con su tarjeta de crédito VISA N° 4546 5780 0137 9518, emitida por el ICBC, por un valor de US\$ 272,19, suscribiendo el comprobante de rutina (Cupón N° 480004), no adquiriendo ningún otro bien ni rubricando ningún otro documento o cupón en el referido comercio.

Afirma que, días más tarde, controlando los consumos de su tarjeta VISA del ICBC por el servicio de home banking, advierte que en el detalle de transacciones de su cuenta N° 0549841230, aparecieron dos consumos adicionales generados por el comercio "ALR WIRELESS", también con la fecha 23/06/16, uno de ellos por el importe US\$ 499,99 (supuesto comprobante N° 480003) y el otro por la suma de US\$ 497,99 (supuesto comprobante N° 480005).

Subraya que, frente a este panorama sorpresivo, el día 28 de junio de 2016, se dirige al comercio aludido para hacer el reclamo pertinente y, como le generó gran desconfianza la situación ocurrida, decidió devolver el celular adquirido, exigiendo que le hagan inmediatamente la devolución y anulación de los otros dos consumos que jamás había realizado.

Relata que el personal del comercio le manifestó que, en el plazo de siete días, no aparecerían más dichos consumos. Alega que esa circunstancia en ningún momento sucedió.

Afirma que, tras arribar nuevamente a la Argentina, advierte que los consumos jamás le fueron anulados o revertidos por las co-demandadas, motivo por el cual comenzó con un peregrinar de reclamos, llamados, correos electrónicos, etc, sin lograr resultado favorable alguno.

Destaca que aguardó el resumen mensual -cuyo vencimiento operaba el 2 de agosto de 2016- y advirtió la inclusión de las tres operaciones cuestionadas oportunamente, debiendo realizar un nuevo reclamo, aunque de resultado infructuoso.

Señala que el siguiente resumen -con vencimiento el 8 de setiembre de 2016- volvieron a figurar importes impagos, lo que motivó la formulación de más reclamos -incluso por vía administrativa- a los que nadie dio solución.

En cuanto a los tópicos que componen el objeto de la demanda, solicita: a) el reintegro de las sumas abonadas (nunca devueltas), por la suma de U\$S 1.270,17, más los intereses, impuestos (sellos, IVA u otros) y demás seguros pagados al Banco ICBC, correspondientes a dichas operaciones; b) el reintegro de gastos de mediación obligatoria por la suma de \$ 800; c) la aplicación de multa o daño punitivo por la de \$ 100.000 y, por último, d) el resarcimiento del daño moral, justipreciando su importe en la suma de \$ 50.000.

Ofrece prueba, funda en derecho, plantea el caso federal y solicita que se haga lugar a la demanda por las sumas descritas, más intereses y costas.

2) A fs. 78/ 79 se imprime el trámite sumario a las presentes actuaciones y se ordena correr traslado de la demanda por el plazo de ley.

3) A fs. 103/109 el Dr. Ricardo Mariano Napp, como apoderado de Industrial And Commercial Bank Of China Argentina S.A., contesta la demanda promovida en contra de su mandante, solicitando su rechazo con costas.

Alega que la demanda se trata de un enriquecimiento sin causa, sin merecimiento de tutela judicial, pues como emisor de una tarjeta de crédito su mandante nada tiene que responder ante una acción que se encuentra fundada exclusivamente en un alegado hecho de un tercero.

Indica que su representada no tiene ninguna participación que exceda la operatoria netamente bancaria (es decir, servicios de cuenta corriente, caja de ahorro y depósitos) por lo que mal puede achacarse responsabilidad alguna ante una manifiesta improcedencia de una indemnización fundada en un reclamo por una supuesta compra, que en modo alguno le consta.

Aduce que, a todo evento, el reclamo es completamente desmesurado, citando copiosa doctrina y jurisprudencia en apoyo de su tesitura.

Funda en derecho, ofrece medios de prueba y pide que se rechace la demanda con costas.

4) A fs. 122/133 la Dra. Carolina Muzzio, como letrada apoderada de Prisma Medios de Pago S.A., contesta la demanda promovida en su contra, solicitando su rechazo con costas.

Afirma que el actor es titular de una tarjeta Visa emitida por ICBC. Destaca que los partícipes del sistema de contratación son los siguientes: a) la entidad emisora (ICBC), b) el usuario (en este caso, el actor), c) el comercio adherido (en este caso, ALR WIRELESS INC).

Con base es dicho marco contractual, refiere que su representada tan sólo limita su actuación al procesamiento de datos de las tarjetas de crédito a favor del ICBC -único sujeto con quien se vincula- otorgando autorizaciones de ventas según existan denuncias de pérdidas o de hurto, límites de crédito de las tarjetas, etc, datos que se encuentran en cabeza de los bancos emisores y que proporcionan a su mandante.

Agrega que PRISMA S.A. se encarga también de realizar el clearing de las liquidaciones existentes entre las entidades pagadoras y emisoras, careciendo de vinculación contractual alguna con los

usuarios.

Argumenta que nada tiene que responder frente a la parte actora ya que la contratación que da base a su reclamo se realizó supuestamente con otro sujeto (ALR WIRELESS), de la cual su mandante resulta totalmente ajena.

Subraya que el meollo del presente pleito se encuentra en el contrato suscripto entre el proveedor del servicio de tarjeta de crédito y su titular, resultando su mandante absolutamente extraño a esa contratación. Resalta que la relación de consumo existente entre el comercio y el actor se subsume bajo la norma del art. 43 de la Ley de Tarjeta de Créditos, el que establece el emisor de la tarjeta es ajeno a las controversias que se susciten entre el titular y el proveedor.

Agrega que tampoco se darían en autos los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es, la existencia del daño, la conducta antijurídica, la relación de causalidad adecuada y el factor de atribución .

Cuestiona la procedencia de los rubros indemnizatorios que son objeto del reclamo, e insiste que no se configura en el caso el supuesto previsto en el art. 40 de la Ley 24.240, ya que su representada no ha brindado servicio alguno (su mandante no vendió celular sino que lo hizo ALR WIRELESS).

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

5) A fs. 180/183 se agrega el acta que protocolizó la audiencia preliminar de conciliación y de abreviación de prueba, dejándose constancia de que las partes no pudieron arribar a acuerdo alguno que ponga fin al pleito.

En la misma audiencia, el Sr. Juez de grado decide abrir la causa a prueba en atención a la existencia de hechos materia de comprobación, proveyéndose en dicho acto los medios probatorios ofrecidos por las partes.

6) A fs. 296 se agrega el acta que protocolizó la audiencia de vista de causa, sin que las partes logaran arribar a un acuerdo que ponga fin al litigio.

7) Mediante presentación digital de fecha 15 de abril de 2019 emite su dictamen el Sr. Agente Fiscal.

8) A fs. 344/ 363 se dicta sentencia conforme los alcances que se detallan en el punto subsiguiente.

II.- La sentencia recurrida.

A fs. 344/ 363 el Sr. Juez de primera instancia resuelve: "1º) *Hacer lugar a la demanda promovida por AIELLO DARIO ARIEL y, en consecuencia, condenar a PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A. e INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (ARGENTINA) S.A. -en forma solidaria-, a abonar al accionante, dentro del término de CINCO DIAS (5) días, la suma de dolares DÓLARES ESTADOUNIDENSES UN MIL DOSCIENTOS SETENTA CON DIECISIETE CENTAVOS (US\$ 1270,17) y la de PESOS SETENTA MIL (\$ 70.000) en concepto de los rubros que componen la presente por capital valor origen -daño moral-, con más los intereses del caso -tasa pasiva BIP y/o depósitos en moneda dólares pasiva-, desde su mora -fijada el 2 de agosto de 2016- conforme a los términos de los considerandos que anteceden; todo ello, bajo apercibimiento de ejecución (argts. arts. 250, 496, inciso 4º, 497 del C.P.C.C.; art. 29 de la Ley 13.133); 2º) Imponer las costas del proceso a las demandadas, en razón de la objetiva calidad de vencida que revisten en la contienda (art. 68 del C.P.C.); 3º) Diferir las regulaciones de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno (art. 51 del dec. ley 8.904/77 y Ley 14967 en lo pertinente; art. 7 del CCyC). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE a las partes"* (textual).

Para así decidir, considera el sentenciante que: *"deviene de vital importancia para la solución de la presente controversia, la demostración de si efectivamente la parte actora realizó dicha operatoria en el exterior (adquirió un producto que devolvió al igual que otros dos que nunca compró, anulando las tres días más tarde), abonó tales sumas, sin que le devolvieran a la fecha, pese a sus insistentes reclamos"* (textual).

Señala que: *"No me caben dudas que la situación ocurrió en el modo que lo relata la parte actora, puesto que acompaña un comprobante de anulación de operaciones que de haber resultado de otra forma, indudablemente en el comercio adherido no se lo hubieran brindado voluntariamente (v. fs. 21). De ahí es que, si el actor concurrió posterior a una compra -independientemente de haber realizado una o tres- y solicitó ante el comercio adherido al servicio de tarjeta internacional VISA y se le emitió un ticket en tal sentido, y por una suma que coincidía con lo que se le había reflejado injustamente en el sistema Home Banking (v. fs. 21 por un total de U\$S 1270,17), se trasladaba la carga probatoria sobre la demandada a la hora de pretender cuestionar si las compras habían o no existido"* (textual).

Subraya que: *"Del reflejo de los resúmenes de cuenta acompañados por el actor se aprecia que de todos modos, y pese al reclamo insistente en tiempo y modo por el cliente Aiello, el silencio y/o falta de respuesta fue lo que se tradujo a lo largo del tiempo -casi tres años a la fecha-, cuestión que al haber existido una observación a tales consumos implicaba sobre la defensa un resguardo bien claro de todos los elementos que permitieran tanto al ICBC como a Prisma Medios de Pago salir airosos como pretenden en conteste de demanda"* (textual).

Enfatiza que: *"Nada de ello se reflejó a lo largo del expediente, más allá de endilgarle al actor una confusa demanda y trasladando sobre éste último la carga probatoria sin hacerse cargo alguno de una ley de defensa al consumidor y el ordenamiento de fondo que importaba -al menos insisto- no sólo hacerse de los elementos probatorios para informar adecuadamente al usuario el origen o causa del error y/o la justicia del rechazo alegado por ambos"* (textual).

Destaca que: *"Nada arrimaron en cuanto a instrumentos en su defensa pese haber sido intimados oportunamente en audiencia preliminar, lo que motivó mas tarde un apercibimiento en su contra y la disposición prevista por el art. 386 del C.P.C.C., mediante la cual, el no haber brindado una acabada y/o satisfactoria responde, infieren que nada tenían para aportar en la defensa de sus negativas genéricas y particulares (v. gr. comprobantes en donde el actor hubiera firmado la compra de los productos, reclamos administrativos con soportes de algún medio -telefónico, mails, misivas- que dieran una presunción de la mendacidad de los hechos relatados en contienda, relación conexas con local comercial demostrando lo abonado y/o nunca anulado en base a instrumental objetiva, etc.)"* (textual).

Afirma que: *"Comparto plenamente lo que sostienen en la defensa en cuanto a la calificación jurídica del negocio -contratos conexos- y al ligamen claro que existe en este tipo de contrataciones con una finalidad económica común (v. fs. 104/105 y 123/124), más en modo alguno coincido con la explicación -irrazonable por cierto-, mediante la cual se alega que el sistema se desequilibra cuando una contratación del entramado que nada tiene de ligamen entre actor y demandados, dado que la única relación aquí existente es entre comercio -adherido por cierto- y el usuario final y/o en el peor de los casos con la entidad financiera (v. fs. 104/105; 123/124)"* -textual-.

Agrega que: *"estamos en un negocio que cuenta con una finalidad común entre todos, y por ende, todos se benefician con el sistema -incluidos entidad financiera y administradora en mayor medida- con pros y contras, lo cual me exime de mayores comentarios a la hora de entender que más allá de resultar un tercero ligado por contratos conexos entre los anteriores y éste último, impidan una*

acción que particularmente dentro de ese entramado le permitan en mejor medida a la entidad emisora y administradora del sistema recuperar lo que produjo un error del engranaje -coincido ahora sí en adjudicarle el nombre de desequilibrio- para el supuesto hipotético aquí no demostrado de que así sea el único responsable (me refiero al local adherido)" (textual).

Expresa que: "Por ello, cada uno en la relación debe asumir -insisto- costos beneficios que genera el sistema en su conjunto que no puede llamarse de otra manera -por más que intentemos retorcerla con palabras y/o definiciones que se evidencian en conteste de demanda-. De ahí es que por un lado el art. 43 de la Ley de Tarjetas de Crédito no envuelve esa prestación del servicio que según el entender de la defensa deben purgar entre consumidor final y el local adherido, puesto que el celular nunca lo compró ni se lo llevó, ni intentó siquiera utilizarlo. Haber si se me entiende, no hubo un servicio que tenga que responder el local en forma directa, sino una compra -hecha o no- que fue anulada y precisamente de esto no puede desentenderse PRISMA e ICBC, más allá de cualquier artificio defensivo y/o dilatorio, que por cierto en el caso han sido suficientes (art. 40 de la Ley 24.240)" (textual).

Añade que: "no se comprende como puede salir de una relación de consumo y excepcionarse de responsabilidades que no le corresponderían por el art. 40 de la Ley 24.240 si estamos hablando de una típica relación de consumo, que se basó en una compra de un producto por un consumidor final, que la relación o ligamen está bien claro entre los tres justiciables -más allá del contexto global y/o conexo de los contratos- y de la suerte de responsabilidad y repetición que eventualmente podrían contar cada uno de los integrantes de la cadena al fin, ante algo que se abonó por Aiello hace casi tres años -todos en alguna medida se vieron beneficiados al fin con ello- y nada tuvo como contra cara más allá de reclamos insistentes para dar por sellada esta situación" (textual).

Sentado lo anterior, el Sr. Juez de grado valora los restantes medios probatorios rendidos en el expediente, aseverando que: "En las confesionales a la hora de la vista de causa desistieron (v. fs. 182vta.), mientras que la ofrecida informativa a VISA República Argentina nada hubiera agregado, a punto tal que también fue desistida en base al reconocimiento de las partes en audiencia preliminar (v. fs. 183)" (textual).

Afirma que: "Las testimoniales fueron contundentes para demostrar que el actor efectivamente adquirió y devolvió mas tarde un producto -tres cupones- que le había sido encargado para su compra en el exterior; que se mantuvo con inconvenientes de distinta índole sin encontrar respuestas satisfactorias pese a tanto tiempo; que el celular de tecnología importante para esa época al fin no lo trajo de dicha compra si no que fue otro; que tuvo que transitar por distintos reclamos administrativos, telefónicos y de todo tipo sin ser escuchado (argts. arts. 375, 384, 424, 456 y concordantes del C.P.C.C.)" (textual).

Expresa que: "La pericial caligráfica arrojó que el cupón -desconocido por cierto en conteste de demanda- fue firmado por el actor; mientras que la pericial contable se enderezó por el mismo sendero favorable a su postura (argts. arts. 375, 384, 457, 472 y 473 del C.P.C.C.)" (textual).

Concluye este primer aspecto del pronunciamiento señalando que: "tanto ICBC y Prisma desde su intervención como ligadas solidarias en la contratación y comercialización del servicio, en forma conjunta deben hacer frente sus obligaciones asumidas, independientemente de la repetición de sumas que entre éstos últimos y/o con un tercero que desequilibró el engranaje, pueda existir a partir de la vinculación contractual que los rige, cuestión que desborda el marco de autos e incluso no ha sido planteada por ambas para que me expida" (textual).

Sentado lo anterior, el sentenciante aborda la procedencia de los distintos rubros que configuran el objeto de la demanda.

Por razones de economía procesal -habida cuenta lo que será materia de agravio- desarrollaré los fundamentos dados por el a quo respecto de la procedencia de los rubros "daño punitivo" y "daño moral".

Con relación al primer tópico (daño punitivo) subraya que: *"en el caso no observo más allá de un mero incumplimiento contractual que si bien participara de un largo período mediante el cual el accionante no encontrara una respuesta satisfactoria, no puedo menos que reseñar que dichas contingencias merecen su reparación bien atendida a la hora de fijar un numeral tanto del daño emergente, como del moral, partiendo incluso de una reparación plena con corrimiento de intereses desde su mora y hasta su efectivo pago que más se asomen a la solución de equidad y justicia"* (textual).

Expresa que: *"Así las cosas, no puedo desprenderme de esa valoración restrictiva en este puntual rubro, a la par de sopesar que una doble reparación por idénticos daños inferidos al actor deben ser sopesados con suma rigurosidad en el entendimiento de no alentar éstos últimos de un modo desmedido, superponiéndose por encima de los que considero una justa composición económica del entuerto"* (textual).

Agrega que; *"no puedo dejar de tener en cuenta la inexistencia de denuncias de otros procesos de similares características al de autos, y más precisamente, por compras efectuadas a través del plástico y mediando un achacado servicio incorrecto del sistema que forman parte ambos accionados "Prisma" e "ICBC" (v. gr. en sede de defensa al consumidor, judicial, en etapa de mediación prejudicial), y, para lo cual, aprecio además que la parte actora siquiera ofreció pruebas para despejar dicho camino favorable a su suerte"* (textual).

Destaca que: *"luego de efectuada una búsqueda, no he encontrando más allá de alguna causa aislada (v. gr. vía web MEV), mientras que en ésta sede, al día de la fecha, ésta litis resuelta representa la primera a tratamiento definitivo, sin dejar de resaltar que es el único de los reclamos iniciado a estas alturas -juzgado con dos años y medio de creación y con un sorteo de asignación de causas nuevas 4 a 1- que ha participado en el marco de la oralidad y de justicia 2020 ya sea a través de audiencia preliminar, de conciliación y/o vista de causa"* (textual).

Resalta que: *"los hechos negativos vivenciados por la parte actora en torno a la compra de un producto en el exterior repercutió indudablemente en una serie de sinsabores de distinta índole que han sido -a mi criterio- reconocidos cuantitativamente a partir de la presente sentencia, y que no van más allá de un mero incumplimiento contractual que carece a mi criterio de reiteradas denuncias de la misma índole -tampoco veo otros expedientes ofrecidos como prueba, ni cuento en el Juzgado a mi cargo con otros de la misma naturaleza-, ni se avizora como un mecanismo de las accionadas tendientes a obtener un beneficio patrimonial -más allá del dislate que entiendo compensado lo suficiente con los restantes rubros y alcances de condena- con dicha práctica en perjuicio de los consumidores (arts. 375, 384 del C.P.C.C.; art. 52 bis. Ley 24.240)"* -textual-.

Afirma que: *"No hay duda alguna de todos los trastornos que debió soportar injustamente Aiello al poco tiempo de haber adquirido el móvil a través de los servicios de ambos accionados. Sin embargo, dichas deficiencias en torno al incorrecto cumplimiento de normas de defensa al consumidor -deber de información, restitución de sumas abonadas por una compra anulada, correcto servicio, prácticas de atención abusivas y/o sin una respuesta justificada, etc.- fue finalmente reconocida de manera satisfactoria y por el total de lo cuantificado en cada uno de los rubros correspondientes (v. gr. daño material y moral)"* -textual-.

Concluye que: *"las conductas recalcitrantes, graves, reiteradas en el tiempo en supuestos semejantes tendientes a demostrar que las demandadas obtienen ventajas económicas con esa*

práctica -tampoco demostrada como práctica sistemática- so pretexto de ser más fácil abonar un reclamo aislado como el presente, en contraposición de otros numerosos que callan y/o se debilitan se vio huérfana de pruebas, lo que me conduce a desechar el reclamo por daño punitivo pedido por la parte actora en perjuicio de los accionados (argts. arts. 375 y 384 del C.P.C.C.; arts. 1737, 1739, 1744, y concordantes del CCyCN; arts. 52 bis de la Ley 24.240; arts. 14, 18, de la Constitución Nacional)" (textual).

Paralelamente, en lo que respecto al parcial "Daño moral" subraya que: *"no puedo pasar por alto a la hora de fijar una justa reparación, la circunstancia suscripta y delimitada en cuanto a afectaciones que repararían en oportunidad de su reclamo por parte de la afectada en sede administrativa de Dirección General de Protección al Consumidor, instancia primaria que no pudo desconocer la accionada para atemperar los daños extra patrimoniales que derivarían ante una postura tozuda en no dar una respuesta acorde con lo que hoy dos años y medio más tarde progresa" (textual).*

Agrega que: *"tampoco puedo permanecer ajeno a los valores en juego, esto son los montos de la anulación y/o desconocimiento de una compra que nunca aquí fue demostrada por los demandados que la realizara el actor en dicho comercio adherido y que ascendía oportunamente a la suma de U\$S 1.270,17, cifras que entiendo deben ser mensuradas -para medir el daño- a la equivalente al cambio oficial del día de dictado de la presente, esto es multiplicado el capital por el valor de la moneda en curso conforme a entidad financiera oficial operación de venta del billete (v. gr. Banco de la Nación Argentina 1270,17 X \$ 45,90 = \$ 58.300)" (textual).*

Destaca que: *"han pasado casi tres años desde que Aiello compró y devolvió -uno o tres productos (hoy ya no importa puesto que los accionados no demostraron qué servicio le cobraron y/o debitaron)- y no se le ha devuelto el dinero -en moneda en dólares-, teniendo que acudir a un profesional en el derecho y varios peritos que ofreció él sólo, para dar respuesta en ésta última instancia a un reclamo por devolución de su dinero y otros rubros hacia dos entidades profesionales que nada pudieron aportar en su defensa" (textual).*

Por último, señala que: *"Por todo ello, adopto la cuantía económica requerida como baremo al instante de promover acción administrativa, el de su demanda por el mismo Aiello (v. gr. \$ 50.000 al mes de junio de 2017); a lo que habré de sumar que la supeditó a lo que en más o en menos surjan de las probanzas de autos (v. supra), restantes consideraciones que anteceden, y en definitiva, a la que emerge de adoptar una tasa pasiva BIP como elemento que se impone sumar al capital valor origen en detrimento de valores inflacionarios que lejos están de la primigenia valoración al fin (argts. arts. 163, 165 del C.P.C.C.), conllevando a estimar como justo y razonable el monto de PESOS SETENTA MIL (\$ 70.000) cifra a la que se le adicionarán los intereses del caso desde la mora y hasta el efectivo pago, según términos que seguidamente expondré (argts. arts. 163, 165, 320, 330, 354, 375 y 384 del C.P.C.C.; art. 1, 2, 3, 7, 8, 8bis, 13, 36, 37, 38, 40, 52, 53 y concordantes de la Ley 24.240; arts. 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 11, 957, 960, 961, 962, 963, 964, 984, 987, 989, 1061, 1063, 1064, 1092, 1093, 1094, 1095, 1100, 1502, 1504, 1505, y concordantes del CCyCN)" (textual).*

III.- El recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Con fecha 10 de junio de 2019 la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 344/ 363 y lo funda mediante el escrito electrónico de fecha 8 de octubre de 2019 con argumentos que merecieron respuesta de la parte contraria a través de las presentaciones electrónicas de fecha 17 de octubre de 2019 (ICBC) y 20 de octubre de 2019 (Prisma Medios de Pago S.A.).

En su primer agravio, critica la resolución del sentenciante por cuanto decide rechazar el pedido de aplicación de la multa contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 (daño punitivo).

Argumenta que: *"los pretensos argumentos volcados por el a-quo para desestimar el parcial en tratamiento, no encuentran asidero en la legislación aplicable, no resultando en consecuencia la aplicación razonada del derecho vigente a los hechos comprobados de la causa, lo que permite a la Alzada receptar el agravio en cuestión"* (textual).

Afirma que: *"la conducta de las codemandadas evidenciadas a lo largo de la vinculación consumeril para con mi representado y acreditadas en autos, ciertamente configuran una GRAVE INCONDUCTA, aún cuando reafirmo que este requisito no resulta una exigencia normativa para la procedencia del daño punitivo"* (textual).

Expresa que: *"Esta conducta indolente de las accionadas, comprobadas por el a-quo, que ameritan una sanción punitiva ejemplar, máxime teniendo en consideración su potencia económica, resultan ser: 1) básica y sencilla negativa de hechos frente a una clara relación de consumo, no haciéndose cargo de su posición dominante de proveedores; 2) ausencia de colaboración, no obstante su rol profesional, para la solución de los hechos (carencia de ofrecimiento y producción de prueba útil en apoyatura a sus posturas: v. gr. tres cupones de compra; constancias de expediente administrativo iniciado por los insistentes reclamos, comunicaciones y/o reclamos; llamados telefónicos grabados y sus respuestas; comunicaciones brindadas entre el comercio adherido/administradora del sistema; etc.); 3) sometimiento al actor a un largo periplo –más de tres años a la fecha- por diferentes ámbitos (reclamos ante las propias codemandadas, Dirección General de Protección al Consumidor, Mediación previa obligatoria, Judicial, etc.) pese al reclamo insistente en tiempo y modo por el Sr. Aiello, siendo el silencio y/o falta de respuesta atendible, lo que brindaron las accionadas a lo largo de todo este tiempo. En efecto, no se reflejó que en algún momento se le diera respuesta justificada al Sr. Aiello sobre consumos que nunca tuvo pero que igual se los cobraron. Incluso demoraron por más de seis meses el dictado del llamamiento de autos para sentencia por no incorporar en término la prueba pericial en sistemas en extraña jurisdicción ofrecida por la administradora del sistema, la cual nada aportó al meollo de la cuestión y debió ser requerida insistentemente por mi mandante; 4) el lucro obtenido en razón de la retención de las sumas indemnizatorias que dejó de abonar en tiempo oportuno; 5) ausencia de obrar de buena fe, ora en la etapa previa a la judicialización del conflicto, ora en ambas instancias judiciales, despreocupándose de encontrar soluciones alternativas idóneas que de algún modo pudiesen al menos atenuar los perjuicios sufridos; 6) ausencia de ofrecimiento razonable para conciliar el diferendo, a lo largo de las distintas etapas procesales, y previamente, administrativas"* (textual).

Pide que: *"se revoque el fallo apelado sobre este rubro, y teniendo especialmente en consideración la ENVERGADURA ECONÓMICA y POSICIÓN EN EL MERCADO de las accionadas (-emisor de plástico y/o entidad financiera- ICBC y -administradora del sistema- Prisma), se les imponga solidariamente una CONSIDERABLE MULTA EN CONCEPTO DE DAÑO PUNITIVO"* (textual).

Paralelamente, cuestiona la resolución del Sr. Juez de grado por cuanto considero exiguo el monto por el que justipreció la procedencia del daño moral.

Subraya que: *"De los serios incumplimientos acreditados (violación del deber de información, cobro de sumas indebidas sin comprobantes suscriptos por el actor que los justifiquen, inobservancia de los desconocimientos de compras efectuados en tiempo y forma, pedido injustificado de información y documentación con un único fin dilatorio, etc.) y dado el trato indigno que dispensaron las demandadas (quienes en casi tres años no solucionaron ninguno de los daños causados, obligando*

al actor a concurrir en muchas oportunidades al Banco, a la OMIC a la audiencia de Mediación, a Tribunales) burlándose lisa y llanamente de sus derechos, necesariamente, y conforme al curso normal y ordinario de las cosas, se produjo una modificación disvaliosa de su espíritu; piénsese la frustración de todas las expectativas que pudo haberle generado el cumplimiento en tiempo y forma del reajuste y reintegro pretendidos, y la incertidumbre de encontrarse sin respuestas razonables por parte de las proveedoras, la pérdida de tiempo, de energía, la alteración de su rutina y actividades cotidianas, en reiteradas oportunidades debió dejar de hacer lo que hubiese querido libremente, para trasladarme al ICBC, enviar correos electrónicos, lidiar con los empleados de los accionados, no obtener respuestas lógicas, etc., etc., etc." (textual).

Destaca que: "el Juez de Primera Instancia otorgó una indemnización de \$ 70.000, entiendo que la misma NO satisface la exigencia de la "REPARACION PLENA E INTEGRAL", resultando ser insuficiente para reparar el daño moral sufrido como consecuencia de los hechos ventilados en autos y el accionar de los demandados. Es por todo esto que se considera "baja" la indemnización en este rubro, y solicito que se recepte favorablemente el presente agravio, revocando la sentencia de 1era Instancia, concediendo una indemnización por Daño Moral MAYOR a la concedida en la sentencia recurrida" (textual).

IV.- El recurso de apelación interpuesto por I.C.B.C. (S.A).

Con fecha 18 de junio de 2019 la codemandada (ICBC) interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 344/ 363 y lo funda mediante el escrito electrónico de fecha 7 de octubre de 2019 con argumentos que merecieron respuesta de la parte actora a través de la presentación electrónica de fecha 18 de octubre de 2019.

Expresa que: "mi mandante resulta ser la entidad financiera que contrata con los usuarios la emisión de las tarjetas. El Banco provee servicios a Usuarios y Establecimientos actuando como Banco Emisor y/o Banco Pagador. Pero el programa de tarjetas de crédito Visa es ADMINISTRADO por ésta, y no por el Banco" (textual).

Señala que: "mi mandante no tiene ninguna participación en el proceso de liquidación, autorización de compras, reclamos entre un establecimiento Comercial y Visa, etc. Esto es absolutamente lógico y no puede escapar al sentido común de cualquier observador" (textual).

Cita abundante jurisprudencia en apoyo de su postura y subraya que: "mi mandante de ninguna forma puede ser condenada, y mucho menos en base a la supuesta relación de consumo, ni a la norma del art. 40 de la Ley 24.240, cuando hay una norma expresa aplicable que es la Ley 25.065" (textual).

Resalta que: "la relación entre el Banco y el cliente es justamente de materia bancaria y nada tiene que ver mi mandante en el proceso de aprobación o rechazo de una venta o su desconocimiento por el usuario. En ese sentido el claro el art. 43 de la Ley 25.065 que el emisor de la tarjeta es ajeno a las controversias entre el titular y el proveedor, sin necesidad de mayores interpretaciones" (textual).

Añade que: "Mal puede razonarse como el a quo, que mi mandante es solidariamente responsable por la no restitución de las sumas, provenientes de una devolución de compras efectuadas, en su totalidad o parcialmente, cuando hay una norma expresa que regula la materia. Y mucho menos puede fundarse dicha circunstancia en la Ley 24240 que es de aplicación supletoria, conforme así lo expresa la propia norma" (textual).

Concluye que: "no se puede entender de otro modo la condena que se está aplicando a mi mandante, por el simple hecho de no haber aportado pruebas, por el principio de la carga dinámica, lo que es un absurdo, pues una vez más reiteramos que no hay posibilidad alguna de un banco de

solucionar la cuestión de un cliente, que no le hizo ningún reclamo, más allá de la denuncia en Defensa al Consumidor, a la que nos remitimos, de donde surge claramente que mi mandante únicamente podía esperar la respuesta de Visa" (textual).

V.- El recurso de apelación interpuesto por Prisma Medios de Pago S.A..

Con fecha 25 de junio de 2019 la codemandada (Prisma Medios de Pago S.A.) interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 344/ 363 y lo funda mediante el escrito electrónico de fecha 8 de octubre de 2019 con argumentos que merecieron respuesta de la parte actora a través de la presentación electrónica de fecha 18 de octubre de 2019.

En su primer agravio, critica la resolución del Sr. Juez de grado por cuanto: *"basándose en el art. 40 de la Ley 24.240 ha establecido que ambas demandadas se encuentran legitimadas para ser demandadas por el cobro de la compra desconocida por la actora, sosteniendo que si la administradora (PRISMA) permitió que su marca fuera impresa en la tarjeta de crédito, debe responder solidariamente por los daños" (textual).*

Afirma que: *"El primer error en que incurre la sentencia recurrida se vislumbra cuando lo responsabiliza de "modo directo" frente al usuario del servicio, por la colocación de su marca en las tarjetas de crédito emitidas por el banco demandado, lo cual es falso. La marca Visa no pertenece a Prisma Medios de Pago S.A. (ni pertenecía a VISA Argentina S.A.) lo que puede tranquilamente acreditarse con la verificación del dato ante el Instituto de la Propiedad Industrial, de donde surge claramente que el titular de la marca VISA en la República Argentina es VISA INTERNATIONAL SERVICE ASSOCIATION, de San Francisco, California, Estados Unidos y no PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A." (textual).*

Expresa que: *"Es evidente que mi mandante nunca pudo poner una marca que no le pertenece en un servicio -que además no presta- y como tal, tampoco podría haber sido probado tal hecho. Claramente la titularidad de la marca Visa no pertenece a Prisma Medios de Pago S.A. y como tal nunca pudo ponerla en el servicio que brindaba el Banco demandado. Máxime cuando no surge de ningún medio de prueba producido en autos" (textual).*

Señala que: *"En base a todo lo manifestado, entendemos que resulta evidente el yerro de V.S. en la interpretación de la responsabilidad solidaria de mi mandante establecida en el art. 40 de la ley 24.240, por lo que solicitamos a V.E. se revoque la sentencia de primera instancia, por lo menos en cuanto a la responsabilidad solidaria de mi mandante" (textual).*

En su segundo agravio, critica que el sentenciante: *"haya hecho lugar al daño moral solicitado por la actora y que asciende a la suma de \$70.000" (textual).*

Argumenta que: *"Ante el desconocimiento del consumo, mi mandante acusó dicho reclamo y colocó en el resumen siguiente de tarjeta de crédito VISA emitido por el ICBC, la leyenda de Crédito Consumo Cuestionado, descontando el importe del mismo del resumen de tarjeta. Es decir y contrariamente a lo sostenido por V.S., mi mandante sí acusó recibo del reclamo, caso contrario jamás hubiese aparecido la leyenda de Crédito Consumo Cuestionado en el resumen de tarjeta" (textual).*

Aclara que: *"luego del análisis correspondiente y atento la similitud de la firma inserta en el cupón con la firma de la actora, se determinó que el mismo era un consumo genuino de ésta y se volvió a ingresar dicho consumo, con la leyenda Consumo Verificado Propio. De todo ello fue informada la actora por parte de mi mandante con las constancias en los resúmenes de tarjetas, es que mi mandante, no tiene relación alguna con los usuarios de tarjetas, éstos la tienen exclusivamente con las entidades emisoras, en éste caso con el ICBC con quien firmó el correspondiente contrato de tarjeta y era quien debía informarle a la actora los motivos del rechazo de su reclamo" (textual).*

Asevera que: *"no quedan dudas que quien debía acusar recibo del reclamo de la actora y corregir la liquidación o explicar el motivo del rechazo era el emisor de la tarjeta –ICBC- y si está lo efectuó en forma tardía, no puede ser condenada mi mandante por dicha deficiencia, ni aún aplicando la solidaridad ya cuestionada por ésta parte"* (textual).

Añade que: *"De ninguna manera se puede inferir que la actora padeció por parte de mi mandante un trato indigno ni que incumpliera con el deber de información. Lo cierto es que la actora no estuvo de acuerdo con la resolución arribada por su reclamo, pero de ninguna manera puede sostener que sus reclamos fueron desoídos, por lo menos en lo que hace a VISA"* (textual).

Concluye que: *"quien tiene relación con la actora como titular de una tarjeta de crédito, es la entidad emisora –ICBC- y conforme lo normado por la ley 25.065 era esta quien debía acusar recibo del reclamo y brindar las explicaciones del porque se rechazó el reclamo de la actora. Mi mandante –tal como fue explicado en la contestación de demanda- se encarga de entre otras cosas, analizar los desconocimientos de consumos a pedido del banco emisor. En este caso, la actora efectuó el desconocimiento ante el banco demandado, mi mandante procesó el mismo y determinó que la firma del cupón cuestionado correspondía a la actora y esto se lo informó al banco. Si éste luego por motivos que mi mandante desconoce, demoró en brindarle la información a la actora, es algo que escapa a mi mandante"* (textual).

V.- Aclaración preliminar.

Más allá del orden temporal en que han sido deducidos los recursos, cabe aclarar que -por razones de orden lógico- comenzaré el análisis de los agravios formulados por I.C.B.C. (S.A) y Prisma Medios de Pago S.A. ya que persiguen la revocación de la sentencia de primera instancia cuestionando la efectiva concurrencia de uno de los presupuestos sustanciales de toda acción judicial, esto es, la legitimación.

Una vez despejada la cuestión que motiva los embates que deslizan los co-demandados, abordaré entonces la procedencia de las críticas que formulada la parte actora.

Hecha esta salvedad, analizaré en puntos subsiguientes los embates formulados por las partes, respetando el orden de tratamiento propiciado en párrafos precedentes.

VI.- Consideración de los agravios.

1) La defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por I.C.B.C. (S.A).

A mi entender, el agravio que formula la parte codemandada no debe prosperar.

Expondré seguidamente las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

a) En el **sistema de comercialización mediante el servicio de tarjeta de crédito** resulta imprescindible la formación, como mínimo, de tres especies de contratos, léase un **contrato entre usuario y emisor**, otro entre **proveedor y emisor**; y el tercero, uno entre **usuario y proveedor**. A su vez, puede ocasionalmente intervenir en este sistema una **entidad que opera como administradora del sistema**, no sólo en cuanto lo publicita y ofrece al usuario, sino en tanto participa concretamente en su funcionamiento conforme a las modalidades del caso, con lo que obtiene una ventaja o utilidad económica (argto. arts. 1, 2 y conds. de la ley 25.065, conf. Muguillo Roberto "Tarjeta de crédito", Ed. Astrea, 2004, pág. 20 y Wayar, Ernesto, "Tarjeta de crédito y defensa del usuario", Ed. Astrea, 2000, pág. 19).

Se tipifica así lo que en el nuevo Código en lo Civil y Comercial de la Nación se denomina como **"contratos conexos"**, vale decir, un sistema de contratos que tienen su propia tipicidad, causa y objeto, pero en los cuáles existe una operación económica superior que les da un sentido único (argto. 1073 del CCCN, conf. Ricardo Luis Lorenzetti, "Tratado de los Contratos", Parte

general, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, pág. 584; Moeremans, Daniel, "Conexidad en el sistema de tarjeta de crédito", pub. en La Ley on line, AR/DOC/2719/2001).

El enfoque jurídico no se sustenta en el contrato sino en la interacción de un grupo de ellos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un mero instrumento para la realización de negocios. Esta constatación permite establecer que **existe una finalidad económica común**(supracontractual) que da nacimiento y funcionamiento a una red contractual (argto. 1073 del CCCN, conf. doctrina citada).

Dado que el negocio excede al contrato, pues se hace con varios de ellos, es posible vincularlos en sus consecuencias jurídicas, consagrándose así una excepción al efecto relativo de los contratos. Efectivamente, la relevancia principal de la conexidad frente a los terceros es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno pueden ser oponibles a los otros en virtud de esa "razón económica" -unitaria y compleja- que justificó la existencia de una "red contractual" o "contratos conexos" (argto. 1021, 1022, 1073 del CCCN, conf. Ricardo Luis Lorenzetti, Ob. cit., pág. 591.).

Por otra parte, cabe subrayar que esta "conexidad contractual" tiene otra fuente legal de raíz constitucional pues, en virtud del art. 42 de la Carta Magna, cabe colegir que **el vínculo jurídico que une a esta red de contratos que integran el sistema de comercialización mediante el servicio de tarjeta de crédito, configura una relación de consumo** (art. 1, 3 y conds. de la Ley 25.065; conf. Ricardo Luis Lorenzetti, Ob. cit., pág. 595.).

En efecto, el titular de la tarjeta de crédito es usuario de los servicios que presta la entidad emisora (en el caso, ICBC) y supervisa la entidad administradora (en el caso, Prisma Medio de Pago S.A). Al mismo tiempo, es consumidor de los bienes o servicios que adquiere de los proveedores (en el sublite, "ALR WIRELESS INC _ ROYAL", de la ciudad Nueva York) razón por la cual **resultan de aplicación la normas protectorias contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor** (arts. 3 y conds. de la Ley 25.065, arts. 3, 40 y conds. de la Ley 24.240; conf. Carlos G. Gerscovich, "Consumidores Bancarios", Ed. Abeledo Perrot, 2011, pág. 227).

En este marco, de acuerdo con lo establecido en el art. 40 de la Ley 24.240, tanto la entidad emisora (ICBC) como la administradora del sistema (Prisma Medios de Pago S.A), deben asumir el riesgo ínsito de su actividad empresarial y son solidariamente responsables por los daños provocados al titular de la tarjeta, cuando dicho servicio fuera prestado de modo deficiente (arts. 1, 3, 40 y conds. de la Ley 24.240, conf. Fernando E. Shina, "Daños al consumidor", Ed. Astrea, 2014, pág. 97 y ss.; Jurisp. Cám. Nac. Com., Sala C, "Jaraguionis, Nefi c. Banco de Boston y otro.", Sent. de 21/05/1998, pub., "Buschiazzo, Juan A. v. Banco Bansud SA", 14/2/2003; "Cichero, Horacio v. Visa Argentina SA", 9/10/2007; "Duronto Guillermo V. y otro v. Visa Argentina y otro"; en igual sentido Cám. Nac. Com., sala A, "Miller, Jorge v. Visa Argentina SA", 12/12/03; sala E, "Churrascaría Spettus SA v. American Express SA", 5/3/2008; pub. en La Ley online).

b) En el caso particular, el Sr. Darío Ariel Aiello dirige la pretensión de reintegro de sumas de dinero e indemnización de daños y perjuicios contra Industrial And Commercial Bank Of China (ICBC-Argentina) S.A., **por su condición de entidad bancaria emisora de la tarjeta de crédito VISA N° 4546 5780 0137 9518.**

Ese carácter (emisor de la tarjeta) fue expresamente reconocido por la accionada en el escrito de responde, pues en dicha pieza judicial admitió que: **"Es cierto que la actora tiene los productos que menciona contratados con mi mandante, específicamente, una tarjeta de crédito VISA que denuncia"** (textual fs. 103 vta.).

Partiendo de tal premisa, y teniendo en consideración los principios desarrollados en el tópico anterior, considero que debe confirmarse la resolución del Sr. Juez de primera instancia en cuanto decide rechazar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada (I.C.B.C. S.A).

Efectivamente, sea **por razones de conexidad contractual** (es decir, el ligamen contractual de entidades en procura de una "finalidad económica común"), o bien, **por intervenir en la cadena de comercialización de la relación de consumo que tipifica al sistema de comercialización mediante tarjeta de crédito**, cabe interpretar que ICBC -como entidad emisora de la tarjeta de crédito VISA - es la persona habilitada por la ley sustancial para resistir la pretensión resarcitoria y de reintegro de sumas de dinero promovida por el usuario de esa tarjeta -Sr. Darío Ariel Aiello - todo ello con base en las deficiencias del servicio que se suscitaron en el marco de la operatoria de compra efectuada, con fecha 23 de junio 2016, en un comercio ubicado en la Avenida Fashion N° 488, de la Ciudad de Nueva York, denominado "ALR WIRELESS INC _ ROYAL" (argto. arts. 1073 del CCCN; arts. 1, 3, 40 de la ley 24.240; conf. doctrina y jurisprudencia citada).

No enerva la conclusión precedente la crítica que ensaya el recurrente con fundamento en el art. 43 de la ley 25.065 en cuanto establece que: ***"El emisor es ajeno a las controversias entre el titular y el proveedor derivadas de la ejecución de las prestaciones convenidas salvo que el emisor promoviera los productos o al proveedor pues garantiza con ello la calidad del producto o del servicio"*** (textual, el resaltado me pertenece).

De la norma citada se evidencia que si bien la Ley de Tarjeta de Crédito ha adoptado por la regla general que no hay responsabilidad del emisor por los incumplimientos del proveedor, lo cierto es que -por excepción- habrá responsabilidad de la entidad emisora de la tarjeta (en el caso, ICBC) cuando: ***"promoviere los productos o al proveedor, pues garantiza con ello la calidad del producto o del servicio"*** (art. 43, segunda parte de la ley 25.0655; el resaltado me pertenece).

Para esclarecer el sentido y alcance de tal normativa bajo estudio estimo relevante tener en consideración el comentario que a la normativa de mención que efectúa Muguillo.

Señala el autor doctrinario de mención que: ***"¿Cuáles son los límites y cómo debe entenderse el concepto de "promover" o de "promoción" inserto en el art. 43 para extender la responsabilidad por el producto a la entidad bancaria y la eventual aplicación al caso del art. 40 de la Ley 24.2240?". En primer lugar, debemos alejar del precepto la idea de identificar promover con publicitar, pues promover un producto o al proveedor es algo más. Es adelantar un apoyo, avanzar un convencimiento al destinatario sobre la bondad de contratar el servicio o el producto, induciendo al usuario a la contratación (...) el ofrecimiento promocional para los "socios" de una tarjeta de crédito de ciertos servicios particulares, permite presumir que la entidad bancaria le está otorgando un aval que la corresponsabiliza frente al usuario"*** (Roberto Muguillo, "Responsabilidad de la Banca frente al usuario de Tarjeta de crédito", en Ob. Dirigida por María E. Kabas de Martorell, "Responsabilidad de los bancos frente al cliente", Ed. Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 443; el resaltado me pertenece).

Partiendo de estas premisas, y dada la naturaleza jurídica de la vinculación contractual que unió al actor con el banco emisor de la tarjeta (relación de consumo), cabe presumir que se verificó en cabeza de la entidad bancaria la acción de promoción a la que se refiere la normativa aludida (sin que el accionado haya aportado medios de prueba idóneos tendientes a destruir dicha presunción, pese a contar para ello con la mayor capacidad técnica, comercial, financiera y económica) razón por la cual considero que debe desecharse de plano la objeción que desliza el apelante con fundamento en el art. 43 de la ley 25.065 (argto. arts. 163 inc. 5to., segundo párrafo, 375 "a cont",

384 y conds. del CPC, art. 1, 8, 43 de la ley 25.065, arts. 1, 3, 37, 40, 53 tercer párrafo, y conds. de la ley 24.240, conf. Wayar, Ernesto, "Tarjeta de crédito y defensa del usuario", Ed. Astrea, 2000, pág. 318).

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, propongo que se rechace el agravio bajo estudio.

2) La defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Prisma Medios de pago S.A.

El apelante cuestiona la decisión de rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva.

No obstante que resulta extensible a dicha parte la fundamentación dada en el punto anterior (en torno a la legitimación pasiva de las entidad ligadas por vía de contratos conexos) lo cierto es que en el caso puntual de este agravio la accionada -para fundar su embate - introduce un capítulo que no fue oportunamente sometido a la consideración del juez de primera instancia, por lo que dicha crítica no debe merecer un pronunciamiento de este Tribunal en virtud de lo establecido en el art. 272 del CPC (argto. arts. 272, 266, 34 inc. 4to, 163 inc. 6to y conds. del CPC; Conf. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, "La Alzada, Poderes y Deberes", Ed. Platense, 1993, pág. 176 y ss; Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", Librería Editora Platense, 2004, pág. 420/424; Jurisp. SCBA, C. 115.243 sent. del 11-III-13; C. 108.160 Sent. del 27-VI-2012, entre otros; CSJN, "Fallos": 298:642; 306:447, 843).

Efectivamente, establece el art. 272 del Código Procesal Bonaerense que: ***"El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia"*** (textual).

La normativa procesal transcripta, con fundamento en los principios de congruencia y preclusión procesal, regula los límites en la actuación de los Tribunales de Alzada una vez instada su jurisdicción mediante la interposición del recurso de apelación (argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y conds. del CPC; art. 18 de la C.Nac.; art. 15 de la Cons. Prov.; Conf. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, "La Alzada, Poderes y Deberes", Ed. Platense, 1993, pág. 176 y ss).

En tal orden de consideraciones, enseña Hitters que: ***"Excede los límites del recurso de apelación el tratamiento de temas introducidos como alternativa recién en segunda instancia, toda vez que la alzada no puede fallar sobre cuestiones no planteadas en el primer grado (...) la alzada por ser un área de revisión carece de poderes para decidir temas no sometidos al juez inferior, ya que la función prístina del ad quem no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior"*** (Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", Librería Editora Platense, 2004, pág. 420/424).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, al respecto, señalando que: ***"Configura una extensión indebida de los límites de la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia la incorporación al litigio de una defensa no alegada y en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su admisibilidad y procedencia"*** ("Fallos": 276:216; 310:1753; 311:569) o la admisión de planteos que no fueron oportunamente introducidos por las partes" ("Fallos": 298:642; 306:447, 843).

Por su parte, el Supremo Tribunal provincial ha señalado que ***"Las atribuciones de los tribunales de apelación se encuentran doblemente acotadas. De un lado, por la estructura de la relación procesal - básicamente explicitada por el contenido de las pretensiones deducidas en la demanda y su contestación- y, del otro, por los agravios desplegados en los recursos que deben resolver "*** (SCBA, C. 115.243 sent. del 11-III-13; C. 108.160 Sent. del 27-VI-2012, entre otros).

En el caso particular, Prisma Medio de pago S.A contestó la demanda postulando su falta de legitimación pasiva en la inteligencia de que resultaba ajena a la operatoria contractual que da base

al reclamo pues dicha contratación se habría formalizado entre el Sr. Darío Ariel Aiello y WIRELESS INC _ ROYAL.

En otros términos, planteó la ausencia de responsabilidad con fundamento el efecto relativo de los contratos con relación a las partes intervinientes (*res inter alios acta*), siendo inoponible a los terceros (en este caso, Prisma Medios de pago S.A), a quienes no los puede perjudicar ni lo pueden invocar.

Ahora bien, al expresar agravios la crítica del apelante contra la decisión que rechazó al defensa de falta de legitimación pasiva se sustenta en un nuevo capítulo, a saber: Prisma Medios de Pago S.A. no pertenece a VISA Argentina S.A., lo que podría acreditarse con la verificación del dato ante el Instituto de la Propiedad Industrial.

Considero que el embate ensayado por el remite a cuestiones que no fueron sometidas al juez de primera instancia y, por ende, no debe merecer un pronunciamiento de este Tribunal a fin de resguardar el principio de congruencia y preclusión procesal (argto. arts. 272, 266, 34 inc. 4to, 163 inc. 6to y conds. del CPC; Conf. Doc. y Jurisp. Cit).

Por todo ello, propongo que el agravio bajo estudio sea rechazado.

3) Daño moral.

Este parcial ha sido cuestionado en su procedencia por Prisma S.A y en su justipreciación o cuantía por la parte actora.

Sobre el particular cabe tener presente las consideraciones que se detallan a continuación.

Si bien constituye doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia Provincial que en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica (SCBA, C. 117.341 Sent. de 22-IV-2015; C.111.627 Sent. de 26-VI-2013, entre otros), lo cierto es que **dicho criterio se ha morigerado cuando se trata de reclamos fundados en una relación de consumo, ya que las normas de la ley 24.240 deben ser interpretadas de modo que no produzcan un conflicto internormativo, ni malogren o controviertan los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional** (argto. jurisprud. C.S.N., causas C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/Caminos del Atlántico S.A.C.V.", 21/3/2006, "Fallos" 329:695).

Efectivamente, **en el caso bajo estudio no estamos entonces frente a un contratante más: se trata de la contratación llevada a cabo por un consumidor cuyo interés se vió frustrado en el contexto de una relación de consumo representada por el sistema de comercialización mediante el uso de la tarjeta de crédito.**

Visto así, y tomando en cuenta la presunción judicial como guía estándar, considero que debe rechazarse la crítica de la accionada (Prisma Medios de Pago S.A) con base en la inexistencia del daño moral pues, es innegable que el actuar negligente de los demandados (me refiero a la falta de anulación de los consumos realizados mediante el uso de la tarjeta Visa N° 4546 5780 0137 9518) debe haber generado no sólo una sorpresa en la actora (en atención a la esperable profesionalidad de ambas empresas) sino también sinsabores, angustias, y frustraciones que superan las propias y corrientes del mundo de los negocios (arts. 163 inc. 5to., segundo párrafo, 384 y conds. del CPC; arts. 1737, 1740, 1741, 1744 y conds. del CCCN; conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T°1, Ed. Hammurabi, 2003, pág. 180, Jurisp. esta Sala, causa N°. 145.940 del 29-05-12). La propia experiencia, como consumidor común, nos pone, como parte débil de contrato, frente a la impotencia que genera la falta de cumplimiento por parte de proveedores y empresarios de aquello que pregonan: garantías de cobertura, eficacia en la prestación del servicio, puntualidad y seriedad

entre otras virtudes que se atribuyen a sí mismos (argto. arts. 384 y conds. del CPC; conf. Jorge L. Kielmanovich, "Teoría de la Prueba y Medios Probatorios"; Ed. Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 657 y ss.; Jurisp. SCBA LP C 99.783 Sent. del 18-II-09; Ac 90.993 Sent. del 5/04/06, entre otros).

Y la frecuencia con que ello ocurre no implica que esas consecuencias puedan calificarse como "avatares y frustraciones propias de la vida en sociedad ", en tanto **esa afectación a la esfera espiritual de la víctima desborda el piso mínimo de indemnizabilidad, ya que no proviene de un ciudadano común, sino de un cocontratante profesional que lucra con el servicio prestado** (argto. arts. 163 inc. 5to., segundo párrafo, 384 y conds. del CPC; arts. arts. 1737, 1740, 1741, 1744 y conds. del CCCN).

En efecto, **a través de la pericia contable de fs. 280/ 284 puede tenerse por verificado que el Sr. Darío Ariel Aiello transitó numerosos reclamos administrativos para intentar el desconocimiento, impugnación y anulación de los consumos realizados en moneda extranjera mediante el uso de la tarjeta de crédito VISA N°4546-5780-0137** (comprobantes de pago N°1480003-ALR Wirless: u\$s499,99 y N°1480004-ALR Wirless: u\$s272,19 y N°1480005-ALR Wirless: u\$s497,99), debiendo acudir a la instancia judicial para procurar la satisfacción de los intereses que viera frustrados en el contexto de tal relación de consumo (conf. informe pericial de fs. 281/282, arts. 375, 384, 474 y conds. del CPC).

En este sentido, y a diferencia de lo sostenido por la demandada (Prisma Medios de Pago S.A), **cabe presumir que el obrar antijurídico de la parte demandada devino idóneo para provocar, de acuerdo al curso ordinario y natural de los acontecimientos, los perjuicios morales cuya reparación persigue el Sr. Darío Ariel Aiello** (argto. arts. 163 inc. 5to., segundo párrafo, 384 y conds. del CPC; arts. 1737, 1740, 1741, 1744 y conds. del CCCN; arts. 1, 2, 3, 40 y conds. de la ley 24.240; conf. doctrina y jurisp. citada).

Determinada la existencia del daño moral cabe precisar que, en lo que respecta a los agravios deslizados contra la labor de su cuantificación, el Juzgador cuenta con discrecionalidad para fijar la suma indemnizatoria, aunque atendiendo a las circunstancias concretamente acreditadas en la causa, y teniendo en cuenta que **el monto de esa indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas** (argto. art. 384 y conds. del CPC; arts. 1737, 1740, 1741, 1744 y conds. del CCCN; conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, novena edición, pág. 247; jurisp. esta Cámara y Sala, en las causas N°154.984 "Colman, Alcira Yolanda c/ Vorrasso, Andrea Fabiana s/ daños y perjuicios", sent. del 19-11-2013 y N° 154.465 "Etchechury, Alejandro Darío c/ Goycoechea, Patricio s/ daños y perjuicios", sent. del 04-10-2013).

Partiendo de tales premisas, valorando la edad del Sr. Darío Ariel Aiello al momento del hecho generador del daño (44 años), el estado de intranquilidad o alteraciones de ánimo a los que se habría expuesto con motivo de la falta de anulación de los consumos realizados en moneda extranjera mediante el uso de la tarjeta de crédito VISA N°4546-5780-0137, así como las vicisitudes que -como parte débil del contrato- tuvo que transitar para hacer valer sus derechos (de manera extrajudicial, a través de sucesivos reclamos telefónicos, como así también, en la órbita de la Dirección General de Defensa del Consumidor de M.G.P.; y luego por vía judicial) entiendo que corresponde indemnizar el rubro daño moral en la suma de **PESOS CIENTO MIL (\$100.000)**, más los intereses que se liquidarán conforme las pautas fijadas por la juez de grado y que no han sido objeto de agravio (argto. arts. 1737, 1740, 1741, 1744 y conds. del CCCN; arts. 1, 2, 3, 40 y conds. de la ley 24.240; art. 42, Const. Nacional, 38 Const. Prov.).

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que debe modificarse el pronunciamiento de primera instancia en el sentido y con los alcances fijados en estos considerandos, lo que así propongo.

4) Daño punitivo.

Acompañando el voto de mi colega Dra Zampini en la causa **“Biagetti, Alejandro Rubén c/ Autonet S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios” Expte.Nº166.662**, integrando la Sala 2 de este Tribunal, sentencia del 26/02/2019, hemos dicho que: *“...el art. 52 bis. de la Ley de Defensa del Consumidor es una norma de alta complejidad y requiere para su aplicación la conjunción de varios elementos: a) Una relación de consumo; b) Un proveedor que incumpla con su obligación legal o contractual; c) Un consumidor damnificado; d) Un proceso judicial en el cual el consumidor damnificado reclame el daño punitivo. Faltando alguna de ellas, el instituto de los daños punitivos no opera.”*; y que: *“...no configura un requisito para la aplicación de la sanción por “daño punitivo” que el actuar antijurídico del proveedor deba ser doloso o con culpa grave.”* (textual).

Destacamos en aquel precedente que la Suprema Corte de Justicia Provincial, al expedirse acerca de la operatividad del art. 52 bis de la ley 24.240 (modif por ley 26.361), señaló que: ***“...Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales...”*** (S.C.B.A. en la causa C.119.562 “Castelli, María Cecilia c/ Bco. de Galicia y Bs. As. s/ nulidad de acto jurídico”, sent. del 17-10-2018, del voto del Dr. de Lázzari, el resaltado me pertenece).

Dentro de este marco teórico, es claro que no llegando controvertida ante esta instancia la configuración de los presupuestos de responsabilidad que se le endilga a los demandados en la sentencia recurrida, y siendo que las partes se encuentran vinculadas por una relación de consumo, la procedencia de la sanción aparece, a mi entender, como indudable.

No obstante ello, cabe subrayar que aún en la hipótesis de enrolarme en la postura de quienes entienden que es necesario la existencia de dolo o culpa grave del proveedor para que el daño punitivo sea procedente, considero que en el caso se encuentran dadas las condiciones de aplicación del instituto de los daños punitivos.

Efectivamente, aquí debe meritarse el tipo de contratación que motiva el reclamo (comercialización de bienes -teléfono celular- mediante el uso de tarjeta de crédito VISA emitida por ICBC y administrada por Prisma Medios de Pago S.A), el monto por el que se efectuaron las operaciones plasmadas en moneda extranjera, como así también, los reiterados reclamos que debió impulsar el Sr. Darío Ariel Aiello en pos de alcanzar la anulación de los consumos impugnados. Es más, ese peregrinar, tuvo que denunciar el caso ante la Dirección General de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de General Pueyrredón (conf. fs. 123) y tramitar la instancia de mediación prejudicial, cerrándose dicho itinerario sin acuerdo (ver acta de fs. 3/vta.).

Resulta oportuno recordar aquí que, como sostiene la doctrina especializada: ***“...Es un hecho indefectible, que se repite en todos los países; cuanto más grande es la ignorancia del usuario, más se incrementa la rentabilidad del proveedor...”*** (Fernando E. Shina, “Daños al consumidor”, Ed. Astrea, Bs. As., 2014, pág. 18).

Ante lo expuesto resulta indudable, a mi entender y sin perjuicio de no ser requisito para la aplicación de la sanción por daño punitivo la gravedad en el reproche del actuar de la demandada, que la omisión en el cumplimiento de las prestaciones a cargo de ICBC y Prisma Medios de Pago

S.A (en el sentido de no anular los consumos que fueran impugnados por el cliente) importó un claro menosprecio a los derechos del consumidor encuadrable en la noción de culpa grave, pues ha limitado y condicionado la decisión del consumidor en aras de facilitar la obtención de un beneficio económico (conf. 1724 y conds. del CCCN, conf. Pizarro -Vallespinos "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones.", tomo II, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, pág. 617 y sgts.; argto jurisp. Cám. de Apel. Civ. y Com. de Azul, Sala II, en la causa N° 62.827 "Barcelona, María Paula y otro c/ Naldo Lombardi S.A. y otro s/ daños y perjuicios", sent. del 05-06-2018).

Partiendo de tales premisas, y **encontrándose en el presente caso reunidos los requisitos habilitantes para la aplicación de la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361- entiendo que ella debe resultar procedente en contra de los co-demandados** (argto. doct. Fernando E. Shina "Daños al Consumidor", Ed. Astrea, 1era. edición, Bs. As. 2014, pág. 159 y sgts.; Sebastián Picasso, en obra colectiva "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", Picasso – Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, Tomo I, Bs. As., 2009, págs. 593 y sgts.; Daniel Roque Vitolo "Avances y retrocesos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación respecto del instituto del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor", publicado en "Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia", Ed. Legis, págs. 3 y sgts.).

En cuanto al monto por el que debe prosperar la sanción, y teniendo en especial consideración la función disuasiva del instituto, entiendo que corresponde fijar en concepto de "daño punitivo" la suma de **PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000)**, la que devengará intereses moratorios, en el caso que se incumpla con su oportuno pago, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días (argto. jurisp. (SCBA, C. 119.176 "Cabrera", sent. del 15/06/2016; SCBA. C. 120.536 "Vera" sent. del 18-04-2018 y C. 121.134 "Nidera S.A." sent. del 03-05-2018).

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante el escrito electrónico de fecha 10 de junio de 2019 y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 344/363 en el sentido y con los alcances fijados en el considerando VI; con costas a los accionados vencidos (art. 68 del CPC); **II)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por ICBC con fecha 18 de junio de 2019; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPC) ; **III)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por Prisma Medios de pago S.A con fecha 25 de junio de 2019; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPC); **IV)** Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967).

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélida I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: **I)** Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante el escrito electrónico de fecha 10 de junio de 2019 y, en consecuencia, se modifica la sentencia de fs. 344/363 en el sentido y con los alcances fijados en el considerando VI; con costas a los accionados vencidos (art. 68 del CPC); **II)** Se rechazar el recurso de apelación interpuesto por ICBC con fecha 18 de junio de 2019; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPC); **III)** Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por Prisma Medios de pago

S.A con fecha 25 de junio de 2019; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPC); **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ.

Marcelo M. Larralde

Auxiliar Letrado