En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G. C., E. A. c/ I. C. B. C. SA (I. A.) TMF T. C. (A.) SA s/ SUMARÍSIMO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 622/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 429/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 319), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 281/287vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 281/287vta. por la que se hace lugar a la excepción de falta de legitimación de la codemandada TMT T. C. (A.) S.A. y condena parcialmente a la codemandada I. A., es apelada por la accionante a fs. 291 de conformidad con la presentación de fs. 296/298vta, rebatida por su oponente a fs. 301/304 y por la vencida a fs. 294 declarándosele desierto el recurso a fs. 310.

La demandada recurrente cuestiona la admisión de la defensa de falta de legitimación pasiva a favor de una de las codemandadas; la falta de aplicación de la normativa vigente en cuanto a costas y considera arbitraria la cuantificación del daño punitivo. Habla de vulneración del debido proceso, errónea valoración

probatoria y desconocimiento del derecho vigente, por lo que en cuanto a esta última imputación vale recordar, tras analizar y valorar lo actuado, que la defensa de los intereses del cliente debe ser ejercida con energía y denuedo, si es necesario, pero con la indispensable mesura que salvaguarde la majestad de la justicia, tonándose imprescindible conservar el debido equilibrio evitando el desborde de palabras, por lo que se advierte al respecto.

Tal como bien señala la recurrente, el Código Civil y Comercial mantiene la misma definición legislativa adoptada en la Ley N° 24441, consagrando al fideicomiso solamente como un contrato y no como una persona, careciendo consecuentemente de capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones, y solamente "existe" a través de la gestión del fiduciario.

En consecuencia, siguiendo el razonamiento del *iudex a quo* en sus considerandos, quien se encontraba habilitado para formalizar la denuncia ante el B., por imperio legal, fue el desobligado por presunta falta de legitimación pasiva, esto es, TMF T. C. (A.) S.A.

No ha de perderse de vista que la vencida ha consentido el fallo y en consecuencia todas la afirmaciones que allí se vierten. Tampoco se discute que los hechos quedan alcanzados por el régimen de responsabilidad del anterior Código y por la normativa que rige las relaciones de consumo.

Ahora bien, los argumentos de la recurrente a la luz de lo resuelto y cuestionado nos obligan a constatar lo actuado desde el inicio.

Bien se ha dicho: “La sentencia por regla recoge no la versión afirmada sino la versión probada” en consecuencia, tal como señala A. M. Morello, “Lo que se presentó en origen, se vistió o desnudó con lo que le fue aconteciendo durante el avance del trámite” (ver nota de Efraín Quevedo Mendoza en Rev. de Derecho Procesal 2005-I, “Prueba-I”, pág. 52 de ed. Rubinzal

Culzoni). Tal idea resultará útil en el caso, y es que, el hecho generador de las actuaciones reprochadas como dañosas, que fue el envío no requerido de una tarjeta de crédito no activada, pero generadora de la deuda que indica, por parte y a favor de la banca I. S.A. (fs. 14/19vta), no fue negado por esta en su responde de fs. 33/38vta., sino justificado por los usos bancarios, pero sin aportar constancia documental alguna al respecto, tampoco al momento de su requerimiento judicial, tal como obra a fs. (fs. 78/79vta.).

No fue la actitud de la recurrente a la hora de su responde, ya que, a los fines de formular su excepción liberatoria, aporta datos documentales (fs. 44/56) negados en su autenticidad a fs. 63 p. 3. Pero en lo que nos interesa, afirma a fs. 48vta. p. III, que jamás mantuvo vínculo comercial con el accionante, máxime cuando ha sido codemandada a título personal. Lo dicho por cuanto no ha sido citado en su carácter de fiduciario del fideicomiso financiero B. I, como consecuencia de la relación comercial existente en el marco contractual del mencionado fideicomiso entre la recurrente y I. S. A. en su carácter de fiduciante.

Y al ampliar sus razones sosteniendo el fallo, da cuenta como fue cedida la cartera de crédito del actor (activo y pasivo) por parte de la fiduciante al fiduciario y sin expresarlo de modo directo admite que era su obligación denunciar el estado de mora de tal deuda al B. y de allí su inclusión el en VERAZ. En definitiva se imputa error insalvable del actor al demandarla personalmente y no en su carácter de fiduciario.

Veamos: de la relación de los hechos formulada por la accionante en su demanda y en lo que nos importa, de modo especial, lo aseverado y probado a fs. 15vta. p. 5, no tan solo desarrolla la suerte de la cesión de derechos que lo involucra, el rol que les cupo a cada uno de los involucrados y señala con absoluta claridad

el recurrente, de allí que *iura novit curia*, nada puede discutirse en cuanto a la naturaleza jurídica del papel desempeñado por la recurrente y las obligaciones que asumió no tan solo en cuanto a las prevenciones propias del contrato de fideicomiso, sino por estar alcanzado por el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor, por otra parte, circunstancia, que no ha sido materia de discusión en autos.

Empresas financieras con una profesionalidad en el tema frente a un mero usuario exigen la verificación de cada crédito que integrará el fondo fiduciario y la debida comunicación respecto a la ocurrida cesión conforme las normas de defensa al consumidor y por la buena fe exigida en toda transacción, tal como bien señala la recurrente en su memorial (ver "Protección de los usuarios de servicios financieros", por COMUNICACIÓN "A" 6292 01/08/2017 del B.).

Así, al haber consentido el decisorio la condenada al pago, y la falta de colaboración probatoria por parte de las codemandadas, bastan para configurar la antijuridicidad no admitida en el fallo y en consecuencia la existencia de responsabilidad solidaria entre el cedente del crédito y el gestor fiduciario.

Debe apreciarse como incumplido por parte del banco y de la entidad que asume el rol de fiduciario, el deber específico de obrar con la mayor prudencia para, en la medida de lo posible, comprobar la veracidad de los datos y documentos cedidos y tomados para integrar el fondo fiduciario, destacando que tal proceder no es valorable con los mismos parámetros que para el común de la gente, dado que su actividad profesional lo obliga a ajustarse a un estándar de responsabilidad agravada (CCiv. 902 y recomendación señalada del B. y normas de LDC), que alcanzan al caso.

En cuanto al cuestionamiento respecto a la baja estimación del daño punitivo que en consideración del

apelante no satisface la gravedad del hecho denunciado y probado, en razón de la naturaleza del mismo; disuasivo de conductas injustificables (ver *v. gr*. "La función preventiva de la responsabilidad civil y el rol de los daños punitivos", por Selvarolo Arcuri, Guido M. en RCyS 2015-VIII, 18; cita *on line*: AR/DOC/2072/2015), resulta justificado elevarlo a la suma de pesos doscientos mil ($200.000,00) y así lo propongo al acuerdo.

En consecuencia propicio la revocar el p. 1 del fallo y elevar la condena a la suma de pesos doscientos sesenta mil ($260.000) y el p. 2 y 3 y se integre a la condena en el punto 1 a TMF T. C. A. S.A. en su rol de fiduciante del Fideicomiso Financiero B. I, condenándolo solidariamente al pago de lo fijado en el fallo.

Tal solución implica dejar sin efecto la condena en costas incluida en el punto revocado. Así, debe estarse a lo ordenado en el art. 282 del CPr/DJ, imponiendo las costas de ambas instancias a las codemandadas, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

Respecto de la providencia de fs. 288, se observa al juez de la instancia de grado que la aclaratoria es una vía para aclarar o completar la sentencia, es decir, mediante la aclaratoria se deciden aspectos de forma, complementarios y/o integradores del decisorio. Por lo tanto, la aclaratoria debe versar necesariamente sobre puntos que integran la litis e integra con la sentencia aclarada un todo indivisible, de modo que no se concibe el auto aclaratorio independientemente de ella, razón por la cual debe realizarse y registrarse conforme las formas del dictado de una sentencia.

Por ello corresponde efectuar una severa advertencia al juez de grado respecto al cumplimiento de las formas procesales para el dictado de las resoluciones.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Hacer lugar al recurso de apelación articulado por la accionante y en consecuencia se revoca el fallo de conformidad a los considerandos pertinentes y condenar a las codemandadas en forma solidaria al pago de la suma de $260.000 con más los intereses fijados en la instancia de grado, debiendo soportar las costas de ambas instancias y difiriendo la regulación de honorarios al momento del acuerdo. Asimismo, debe advertirse al juez de grado sobre el cumplimiento de las formas procesales para el dictado de las resoluciones.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión:

El alcance del fallo dictado, los datos de los recursos interpuestos por la actora y por la codemandada I. C. B. C. SA (I. A.), el contenido de los agravios del primero y la declaración de deserción del segundo han sido reseña-dos por el primer votante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios de la parte actora:

Los agravios de la actora son tres: el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por TMF T. C. (A.) S.A., la imposición de costas por aplicación del principio general de la derrota y el monto fijado por daño punitivo que califica como arbitrario.

A fin de facilitar su tratamiento creo útil reseñar sucintamente los hechos relevantes de la causa.

El Sr. E. A. G. C. recibió una tarjeta de crédito emitida por el Banco I. que no solo no fue solicitada, sino que además nunca fue utilizada. A pesar de ello, la entidad financiera en forma ilegal y abusiva generó cargos y consecuentemente un crédito ficticio que luego cedió al Fideicomiso Financiero B. I. Tanto el Banco como el administrador del Fideicomiso denunciaron al actor como moroso ante el Banco Central que difundió esa

información y el Sr. G. C. promovió acción de daños y perjuicios contra ambos.

Específicamente, sobre la cuestión sometida a revisión es pertinente remarcar que TMF T. C. A. SA fue demandada en los términos siguientes: "Se desconoce en que condiciones se ha llevado a cabo la presunta cesión de derechos al Fideicomiso Financiero B. I (solo sabemos que denunció a los registros al actor, por la misma suma de dinero que el banco demandado)… pudimos averiguar a través del Banco Central, que pertenece imperfectamente a TMF T. C. (A.) S.A., quien resulta ser fiduciario y único capaz de denunciar al actor al registro de deudores morosos" -fs.15 vta.-.

El Fidecicomiso Financiero B. I, conforme resulta del propio relato de la codemandada TMF Trust Compa-ny A. SA, fue constituido el 29 de diciembre de 2006 por contrato suscripto entre el Banco Hipotecario SA, en carácter de fiduciante y TMF T. C. A. SA, en calidad de fiduciaria. El 10 de diciembre de 2014 el banco demandado le cedió ciertos créditos en mora a ese fideicomiso dentro de los cuales se encontraba el del actor.

El juez de grado si bien condenó al banco rechazó la demanda contra el TMF T. C. SA (A.) porque la codemandada no era la titular del crédito que se le imputaba al actor como deuda y el denunciante ante el B. del actor como deudor moroso fue el Fidecomiso Financiero B.. Así, concluye sosteniendo: "en todo caso debió el actor demandar al fidecomiso financiero B. I".

La recurrente ha rebatido estos argumentos centrando su crítica en la naturaleza contractual del fideicomiso, la actuación de T. C. S.A. y el desconocimiento de los principios y normas del derecho consumeril.

La totalidad de los vicios denunciados se verifican como lo ha señalado quien me precede en la votación.

En primer lugar, he de reiterar que el razonamiento del juzgador es contrario a la estructura y naturaleza jurídica del fideicomiso.

En primer lugar, corresponde destacar que la presente es una acción promovida contra el fiduciario con motivo de la ejecución del fideicomiso; ergo, la parte no puede ser otra que el fiduciario, en tanto titular del patrimonio fideicomitido y como representante procesal del fideicomiso.

En efecto, conforme lo prevén las normas que regulan la materia habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario (art. 1 Ley 24441). Por lo demás, cuando el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario, y el beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes transmitidos estamos ante un fideicomiso financiero.

Los elementos nucleares de la figura permiten sostener como la ha puesto de relieve el recurrente, y puntualiza el colega preopinante, que el fideicomiso es un contrato, por expresa definición de la ley (artículos 1, 2, 4 y concordantes de la Ley 24441).

La naturaleza jurídica reseñada demuestra que el fideicomiso financiero B. I carece de legitimación y por lo tanto no es viable traerlo al proceso como insinúa el juez de grado.

Insisto: el legitimado es el fiduciario porque es el sujeto del contrato que adquiere la propiedad fiduciaria o bienes fideicomitidos y asume las obligaciones de darle el destino previsto en el contrato

de fideicomiso. Es el fiduciario quien tiene en sus atribuciones el control de la gestión del negocio con el objeto de concluirlo en los términos esperados, a cambio de una remuneración pactada (*cf*. Cao, Christian Alberto, "El contrato de fideicomiso, las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, y la protección constitucional de los usuarios y consumidores", RCCyC 2015 (diciembre), 309).

Huelga recordar que este tipo de contrato presenta una dualidad y es pertinente distinguir un aspecto interno y otro externo. El aspecto interno vincula al fiduciante y al fiduciario y presenta, a su vez, un aspecto obligacional y otro real: el fiduciante transmite la propiedad de un bien al fiduciario (derecho real) y celebra un contrato con obligaciones para el fiduciario (derecho personal). En el aspecto externo el fiduciario es propietario de la cosa que se le transfiere *cf*. Lo-renzetti, Ricardo, "Tratado de los contratos", tomo III, pág.301).

Las razones dadas demuestran la indudable legitimación pasiva de TMF T. C. A. S.A. y por lo tanto corresponde analizar la actuación del fiduciario del Fideicomiso en la relación de consumo que nos ocupa.

El juez de grado si bien calificó la relación como de consumo omitió aplicar el régimen tuitivo del consumidor que consagra, en primer lugar, nuestra Carta Magna y luego las normas infraconstitucionales dictadas. Así, es imposible soslayar que el artículo 40 de la Ley 24240 prevé un sistema de responsabilidad en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa (o el vicio o riesgo del servicio prestado), de manera tal que la víctima solo debe acreditar el daño sufrido y la relación de causalidad entre este último y la cosa (o servicio) en cuestión, prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo; quien a los fines de la exoneración de responsabilidad debe probar la fractura total o parcial de la relación de causalidad. En los

términos del artículo 40, última parte "...que la causa del daño le ha sido ajena..." (art. 40 *in fine* de la Ley 24240). Esto es, debe acreditar la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no debe responder (no siendo terceros entre sí todos los que intervienen en la cadena de producción y comercialización).

La pretensión de ajenidad de la fiduciaria, queda absolutamente descartada conforme se ha señalado precedentemente. Es que la fiduciaria ejerció el dominio y la titularidad fiduciaria; administró y realizó actos respecto del crédito que se le atribuyó ilegítimamente al actor; de modo tal que no puede ampararse en su condición de fiduciaria para evadir las eventuales consecuencias desfavorables derivadas de su propia actuación y de la de la entidad bancaria fiduciante.

Repárese que el citado artículo 40 de la Ley 24240 establece específicamente la solidaridad de quienes hayan intervenido en la relación de consumo generadora de daños. La norma reza: "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. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

En conclusión, admitida la configuración de una relación de consumo, la existencia de un daño cierto la atribución de responsabilidad y la actuación de la fiduciaria comunicando al Banco Central la calidad de deudor del actor, es decir, poniendo "su marca en el servicio", corresponde la admisión de la acción resarcitoria.

Huelga señalar que adhiero al consolidado criterio de apreciación de la responsabilidad de las entidades financieras que ya ha precisado el colega preopinante.

A mayor abundamiento, solo agrego que el art. 6 de la Ley 24441 impone al fiduciario el deber de actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sobre la base de la confianza en él depositada.

Por las razones expuestas, propongo la admisión del primer agravio que torna abstracto todo pronunciamiento sobre la imposición de costas en tanto corresponde su readecuación.

- Monto del daño punitivo:

La queja respecto al monto por daño punitivo tendrá acogida favorable.

La práctica bancaria abusiva fue claramente acreditada, también el menoscabo absoluto de los derechos del consumidor y la existencia de otros casos que involucran a la entidad financiera demandada con idéntica plataforma fáctica.

Por esta razones, y teniendo en cuenta la función disuasiva propia del instituto que nos ocupa, considero que debe tener acogida favorable la queja y por lo tanto debe ser elevado el monto de condena por este rubro a la suma de pesos doscientos mil ($200.000).

En consecuencia, la demanda interpuesta por el actor prospera íntegramente por la suma de pesos doscientos sesenta mil, con más los intereses fijados en la instancia de grado.

3. Costas y honorarios:

Las costas de ambas instancias deben ser impuestas a las codemandadas vencidas.

Los honorarios de primera instancia deben ser readecuados y propongo su fijación del modo que se sigue:

Los correspondientes al Dr. M. B. I. y a la Dra. M. P. B. I., en forma conjunta, en un 18%; los de los Dres. H. F. C., H. F. C. -hijo- en forma conjunta en un 12%; los de los Dres. O. G. A. y M. G. en forma conjunta en un 12% y los de la perita psicóloga G. C. en el 1%, todos del monto del proceso.

Ello de conformidad con las previsiones de los artículos 5 a 9, 18, 38, 47, 49, 50 y 60 del régimen arancelario vigente.

Los honorarios de esta instancia deben ser regulados de conformidad con las pautas generales establecidas por el artículo 5 de la ley arancelaria y en un todo de acuerdo con las escalas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento. Por ello, propongo la de-terminación de los correspondientes a la Dra. M. P. B. I. en un 30% de los fijados en la anterior instancia y los de los Dres. H. F. C. y H. F. C. -hijo- en forma conjunta en un 25% a calcular sobre los regulados en primera instancia.

Respecto al incumplimiento de las modalidades legamente estatuidas para el dictado y registración de la aclaratoria, comparto plenamente la observación efectuada por el colega preopinante. De modo tal que adhiero a la advertencia por él propuesta.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso, dijo:

Adhiero al pronunciamiento propuesto por el Dr. Alexandre.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Revocar los puntos 1 y 2 de la sentencia de primera instancia de fs. 281/287vta. y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta por la el Sr. E. A. G. C. contra I. C. B. C. S.A. (I. A.) y TMF T. C. (A.) S.A por la suma de pesos doscientos sesenta mil con más los intereses establecidos en la instancia de grado.

3) Revocar el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

4) Costas de ambas instancias a las demandadas vencidas.

5) Regular los honorarios de primera instancia del Dr. M. B. I. y de la Dra. M. P. B. I., en forma conjunta, en un dieciocho por ciento (18%); de los Dres. H. F. C. y H. F. C. (h) en forma conjunta en un doce por ciento (12)%; de los Dres. O. G. A. y M. G. en forma conjunta en un 12% y de la perita psicóloga G. C. en el uno por ciento (1%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a la Dra. M. P. B. I. en un treinta (30%) y a los Dres. H. F. C. y H. F. C. (h) en forma conjunta en un veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Advertir al juez de grado sobre el cumplimiento de las formas procesales para el dictado de las resoluciones.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara