

Poder Judicial de la Nación

Buenos Aires, Diciembre 17 de 2013.

Y VISTOS.

Estos autos caratulados “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa contra Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ordinario” en trámite ante la Secretaría N° 50 bajo el número de identificación interna 052699, para dictar sentencia, de cuyo estudio,

RESULTA.

1. A fs. 23 y siguientes se presentó el Dr. Osvaldo A. Prato, en representación de Consumidores Financieros, Asociación Civil para su Defensa.

Puntualizó que dicha ONG se encuentra inscripta en la IGJ por Resolución nro. 657/2004 y ulterior nro. 397/2006 en razón de posteriores modificaciones estatutarias.

Que también está matriculada en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores bajo el Nro. 0022 y en el Registro análogo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con Nro. 19.

Señaló que en la demanda defienden los derechos de los usuarios físicos que en razón de sus necesidades celebran el tipo de convenios con los bancos de los cuales son clientes y también los derechos de las personas jurídicas que hayan utilizado el sistema que explica.

Agregó que estas últimas son tan consumidores como los anteriores pues formalizan todo tipo de contratos bancarios cuyo resultado final es para cubrir, al igual que las personas físicas, sus propias necesidades económicas.

Señaló que persigue que se condene a Nuevo Banco de Santa Fe S.A. por su antijurídico proceder en materia del llamado “**Riesgo contingente**” y con relación a sus clientes de cuenta corriente que describe, cuando se compruebe que respecto de los mismos hubieron las siguientes conductas:

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

a) Haya requerido a sus cuenta - correntistas **un cobro en tal concepto** sea como único punto o en paralelo con otro denominado “Exceso de Acuerdo”, en oportunidad de sobregiros, es decir, más de lo depositado en cuenta de fondos, pero que no obstante se cubrieron el mismo día según describe en la demanda.

b) Cuando la **proyección financiera de lo cobrado** por tal concepto, aún si el descubierto prosiguió más de un día y en mérito a los parámetros pertinentes –o sea no abusivos- para una Tasa Efectiva Anual –TEA- excedan los límites razonables en la materia.

Puntualizó que la sentencia deberá ordenar **que se devuelva a esos afectados**, con más sus intereses, todo lo percibido de más por tales conceptos, cuando medió la aludida situación –cobertura en el día durante los últimos diez años, y/o para la hipótesis b), los abusos de TEA que pudieron haberse dado sobre el partilar.

Solicitó que la sentencia también ordene **que tales procederes cesen en el futuro**, disponiéndose que **se reformulen los cálculos respectivos de intereses y/o metodología de tratamiento para los casos de “riesgo contingente”**.

Postuló que para los clientes no localizables físicamente, por la antigüedad de un vínculo que quizá ya no exista a la época de esta demanda, sean convocados los mismos a través de los medios que se disponga. Pidió además que se coloquen los fondos respectivos en una cuenta a la orden del juzgado para que a medida que esas personas se enteren puedan desenvolver los trámites del caso a fin de cobrar aquello que les corresponde.

Formuló consideraciones con relación a la legitimación activa de su representada. Sostuvo que conforme resulta de su estatuto social, tiene como objeto "...A) promover en pro del bien común, medidas concretas de protección de los intereses de las personas que, (...) en su rol de consumidores gasten o inviertan sumas de dinero en virtud de contratos onerosos destinados a adquirir o retribuir servicios, productos o insumos de distinta naturaleza y/o por la compra de bienes de todo tipo, siempre que las erogaciones por tales negocios jurídicos o el no cobro de determinadas sumas de dinero se reflejen en el patrimonio de dichas personas físicas. El respectivo marco abarcará a contratos de adhesión, contratos tipo en serie y/o en masa y/o cláusulas unilateralmente predispuestas, convenios o reglamentaciones de los cuales surjan compromisos de prestaciones económicas a favor de personas físicas y/o

Poder Judicial de la Nación

contratos entre ausentes y/o por o con formularios...".

Agregó que su mandante está habilitada para promover todas las acciones relacionadas con su finalidad, tal como lo establecen los arts. 52, 2do. párrafo, 54 y 55 de la Ley 24.240.

Sostuvo que ello es así pues los derechos de incidencia colectiva no son solamente aquellos cuyo objeto merecedor de protección resulta común a un grupo indeterminado de personas e indivisible en su materialidad, como es el caso del medio ambiente sino que también alcanza su tutela a derechos individuales divisibles y mensurables, en relación con el objeto materia de su prestación, cuando resultan equivalentes entre sí y la afectación que han sufrido ha sido producida por un acto único aplicable de un sector o grupo indeterminado de personas.

Citó las previsiones de los arts. 54 y 55 de la Ley 24.240 y de la Constitución Nacional: arts. 42 y 43.

Consideró improcedente la mediación previa y refirió al beneficio de litigar sin gastos que considera le atañe.

Formuló un desarrollo doctrinario y jurisprudencial con relación a la problemática general de los intereses bancarios.

Sostuvo que el nivel de las tasas de intereses bancarios es un tema recurrente en la jurisprudencia y doctrina nacional y no constituye ello ninguna novedad.

Refirió a antecedentes de orden nacional y extranjero, particularmente, de los Estados Unidos de Norteamérica.

Adujo que la problemática de las tasas de interés, siendo una cuestión esencialmente patrimonial, al ser objeto de normas de derechos aplicables, exige que se amplíe el análisis del tema en sus ángulos económico, moral y legal.

Que sólo así se podrá arribar a una sistematización del tema de modo eficiente y con trascendencia para toda la sociedad.

Enfatizó sobre el criterio jurisprudencial en cuyos términos, la Ley de Defensa del Consumidor se aplica también a todo lo relacionado con las tasas de interés bancario.

Poder Judicial de la Nación

Adujo que las entidades bancarias sobre la base de lo que denomina "Criptico mundo normativo" postulan similares negocios no claros, que con seguridad explican parte de la formidable masa de recursos que manejan las entidades financieras.

Agregó, con relación a la situación particular de nuestro país, que como en otros campos del mercado de capitales, se exhibe una realidad de país periférico con terreno fértil para abusos, manipulaciones discriminaciones y en general, el tema de las tasas es un emblemático escenario para todos esos defectos.

Señaló que no obstante la descripción que efectúa, existe y es central no perder de vista el caso "Avan S.A c/ Banco Tornquist" dictado el 17/2/04 por la Cámara Nacional en lo Comercial Sala Integrada.

Sostuvo que dicho pronunciamiento es un antecedente cardinal en esta materia.

Destacó las partes que a su juicio constituyen párrafos conducentes a la cuestión aquí debatida.

Sostuvo que en nuestro país existe un alto componente de la tasa de interés intoxicado por un problema de las propias entidades: la escasa eficiencia del sistema bancario, lo cual impide que pueda reducirse el costo del crédito entre un 20 % y 45 %, si mediare un manejo más idóneo de las técnicas bancarias.

Destacó asimismo un trabajo de doctrina realizado en el año 1994 y agregó que las fórmulas que estructuran los intereses y /o los costos para cada tipo de operación tienen un sustento de matemáticas que da al tema aquí analizado un encuadre científico.

Agregó que el nivel de profesionalidad que exhiben los productos financieros, en orden a la actividad del banquero, es lo que vuelve imputable en contra del mismo hasta los errores en que pueden haber caído según las previsiones del Código Civil, art. 902.

Señaló que la demandada tiene decenas del miles de cuentas corrientes dentro de las cuales seguramente, sino la mayoría una cantidad muy importante, utiliza la operatoria de cuentas corrientes.

Que cualquier patología - excesivos intereses y/o

Poder Judicial de la Nación

comisiones, por ejemplo - proyectada en cada una de las operaciones, sobre el citado universo de casos, no torna exagerado afirmar que la ventaja ilegal puede ascender a una cifra anual millonaria en beneficio de una sola parte: la demandada.

Sostuvo que la situación que describe constituye una típica situación en materia de intereses individuales homogéneos, una suerte de " apropiación hormiga " que no por ello, deja de ser tan antijurídica como lo sería otra, por cifras individuales más importantes. Añadió que la ilegalidad no es una cuestión de volumen, sino de concepto.

Formuló consideraciones con relación al denominado "riesgo contingente".

Sostuvo que el tema se inscribe dentro del gran tecnicismo del sistema financiero, desconocido por el común de los usuarios.

Alegó que este tópico de riesgo contingente no es la primera vez que genera un reclamo judicial. Refirió a los antecedentes del fallo " Avan S.A c. Banco Tornquist S.A.".

Adujo que el llamado " riesgo contingente" es un cargo que las entidades financieras cobran a sus clientes de cuenta corriente cuando giran un cheque sin la suficiente provisión de fondos o se excedan en el acuerdo que pudieran tener en tal sentido.

Añadió que se trata de una comisión que debería cubrir al banco ante un eventual pago de los cheques ingresados con " sobre giro" por cuanto la entidad queda expuesta a que si paga ese cheque sin provisión de fondos, luego no pueda recuperar con prontitud la cifra de quien libró ese valor.

Adujo que ese es el concepto " macro".

Formuló consideraciones con relación a lo que a juicio de su parte sucede en la práctica.

Puntualizó que en las hipótesis que describe atribuye central importancia a la preceptiva dada por el citado fallo "Avan. c/ Banco Tornquist S.A."

Enfatizó que la entidad aplica para la temática referida en el objeto de la demanda, como carga financiera, una serie de cálculos que

Poder Judicial de la Nación

padecen de dos falencias: 1) abusivos en sí mismos, pues generan tasas de interés que lindan con la usura; y 2) cobran en orden al ítem A del objeto, una suma que no está permitida en mérito a la Comunicación del Banco Central de la República Argentina A. 3052, acápite 1.3.

Agregó que la tésis de la citada norma es también aplicable al caso de riesgo contingente saldado por el cliente en el mismo día del descubierto. Consideró que un banco no puede cobrar cuando nada hizo ajeno a la operatoria por la cual remuneró sus servicios a través de otras comisiones.

Agregó que la entidad bancaria no vió disminuída su posición de capital en la jornada, por lo cual devino neutro el adelanto de fondos que había hecho a su cliente.

Postuló que el cobro aplicado a estos, deberá retrotraerse haciéndose todos los cálculos de este tipo de operaciones, para devolverse a cada efectuado lo que se le cobró demás.

Desarrolló un caso práctico relacionado con el reclamo "a" del objeto de la demanda.

Concluyó en que la actitud reprochable e incongruente de la accionada es que cobra un riesgo que no existe.

Reiteró que en el caso al que refiere no existe riesgo alguno al que se enfrente la entidad demandada porque ante una situación como la que plantea el banco puede optar por rechazar el cheque sin fondos si verifica que antes de las 15 hs. del día a que refiere el ejemplo el cliente no depositó o pagar el mismo si considera la entidad que un sobregiro de pesos 32 como en el ejemplo es asumible por ésta.

Consideró haber demostrado que en el caso de rechazar el cheque el mismo día del ingreso por Cámara o en su defecto ser cubierto este en efectivo, la entidad financiera no se enfrenta a ningún riesgo contingente dado que todo transcurre en el mismo día "bancario".

Reiteró lo concerniente al primer punto del reclamo: la devolución de todos los importes cobrados por riesgo contingente o exceso de acuerdo en los casos en donde el mismo día se rechaza el cheque o es cubierto en efectivo o mediante transferencia electrónica acreditada en el día.

Poder Judicial de la Nación

Refirió al segundo punto del reclamo, esto es, el eventual cobro paralelo de una comisión por "exceso de acuerdo".

Formuló consideraciones sobre si corresponde el cobro de comisión para el caso que efectivamente el banco demandado decida "correr el riesgo" y pagar el cheque, exponiéndose así a un saldo deudor, como en el caso del ejemplo que introduce.

Alegó que las entidades financieras en general y la demandada en particular percibe por los descubiertos acordados en cuenta corriente una tasa que oscila entre un 45 % y un 60 % anual.

Consideró que no es aceptable que la demandada perciba una comisión por riesgo contingente o exceso de acuerdo para todas las veces en que el cliente gire en descubierto sin autorización para hacerlo o se excede de su límite.

Fundó la posición de su parte . Sostuvo que la demandada percibe intereses llamados en plaza "interés por giro en descubierto fuera de acuerdo" o "interés por giro en descubierto no autorizado" o similar, siendo usual que el mismo tenga una tasa entre el 75 % y el 95 % anual.

Agregó que ese interés es el que compensa ampliamente el riesgo al que se enfrenta la entidad, toda vez que a un ignoto consumidor le autoriza un pequeño giro en descubierto.

Que no obstante, a esa tasa el banco le adiciona además la "batería" de comisiones y gastos lo que a su juicio constituye una doble e ilegal percepción de una comisión que está disfrazada y será posteriormente percibida cuando la entidad devengue al final del mes los "intereses por giro en descubierto no autorizado".

Formuló comentarios con relación al ilegítimo proceder que a su juicio desarrolla la entidad bancaria.

Transcribió los conceptos que en materia de cuentas corrientes cobran las entidades bancarias por su operatoria de rutina.

Describió el marco jurídico en el que corresponde encuadrar un contrato de adhesión como el de esta litis.

Y solicitó que oportunamente se condene a la demandada a devolver a todos aquellos que hubiesen desenvuelto operaciones como

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

las contempladas en la demanda, durante los últimos diez años, los montos que la entidad hubiera percibido con más los intereses desde el origen hasta el efectivo reintegro a cada perjudicado. Y con relación a los clientes que eventualmente no se localicen en razón del tiempo transcurrido se deposite el respectivo importe a la orden de este tribunal decidiendo el juzgador el mecanismo de preservación de dinero depositado, difusión y/o devolución del mismo a sus beneficiarios.

Ofreció prueba y fundó en derecho la demanda.

2. Dispuesto el trámite de juicio ordinario, a fs. 109 y sgtes. se presentó el Dr. Carlos Alberto Alemán en representación de Nuevo Banco de Santa Fe S.A.

Formuló consideraciones con relación al pedido de eximición del trámite de mediación previa obligatoria previsto y ordenado por la ley 24.573 efectuado por la actora.

Planteó excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento.

Sostuvo que el plazo de prescripción de cinco años es el que se aplica para reclamar el saldo deudor impago de la cuenta corriente bancaria y que es el que debe aplicarse para rectificar o revisar su saldo.

A todo evento consideró aplicable el plazo de prescripción previsto en la Ley de Defensa del Consumidor.

Pidió que se haga lugar a la defensa, con costas a la actora.

Negó por imperativo procesal todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda.

Formuló ciento sesenta y dos negativas particulares.

Planteó excepción de falta de legitimación activa.

Consideró que la actora no está legitimada a interponer una acción colectiva porque con su accionar no persigue la defensa de un interés general difuso vinculado a la actividad económica, ni la tutela de intereses y derechos de incidencia colectiva, ni la defensa del interés general de los consumidores, sino la tutela de intereses individuales no homogéneos, de carácter estrictamente patrimonial, cuya acción

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, siendo de disposición voluntaria de estos últimos.

Sostuvo que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular y, por ende, son de disposición voluntaria por parte de sus titulares.

Puntualizó que del juego armónico de los arts. 52 y 56 inc. e) de la ley 24.240 se desprende que en caso de lesión directa a un derecho subjetivo, el legitimado para reclamar es sólo de su titular, es decir, el consumidor o usuario.

Agregó que de acuerdo a lo dispuesto por el art 53 de la ley 24.240, la actora debió haber acompañado a fin de representar a los clientes de su representado cuyos intereses o derechos individuales estuviesen vulnerados, las correspondientes cartas poderes otorgadas a su favor por cada uno de los supuestos afectados.

Agregó que la actora se está arrogando la representación, sin autorización ni legitimación alguna, de ciertos derechos subjetivos e individuales de personas determinadas y concretas que no han efectuado contra su representado reclamo individual alguno respecto de los hechos denunciados en la demanda.

Sostuvo que la existencia de un grupo de afinidad - clientes del banco - no implica que exista una coincidencia de intereses individuales.

Que los clientes del Nuevo Banco de Santa Fe han contratado servicios financieros distintos y responden a distintas situaciones individuales que deben ser evaluadas y consideradas en forma individual ya que han producido distintos efectos, según cada caso particular.

Adujo que no se presenta en el caso bajo análisis ni la homogeneidad fáctica ni la afectación de un derecho de incidencia colectiva requeridos para la colectivización del reclamo. Citó jurisprudencia.

Alegó que la vaguedad y la latitud de las pretensiones incoadas por la actora y la ausencia de un interés concreto, inmediato o sustancial, conduce a que no exista un caso judicial por el cual deba o

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

pueda responder su mandante.

Señaló que tal omisión determina que se vea afectada la garantía constitucional de defensa en juicio de su representado quien se ve impedido de evaluar y responder adecuadamente respecto de cada caso y conflicto en concreto.

Concluyó en que al carecer la actora de legitimación activa para petitionar genéricamente el reintegro de las sumas cobradas en exceso por su mandante y al no estar legitimada ni apoderada para representar los intereses particulares de los eventuales damnificados, plantea la falta de legitimación de la actora como defensa de fondo, solicitando el rechazo in limine de la presente demanda con costas.

Se explayó con relación a otros fundamentos que considera aplicables para el rechazo de la demanda.

Dijo que la actora promueve la demanda sin identificar un solo caso concreto que fundamente su reclamo, unificando a un universo de clientes y situaciones diversas y omitiendo toda consideración de la situación particular de cada uno de los clientes del banco.

Añadió que la demanda tal como fue planteada por la actora no constituye una causa justiciable, atento que fue planteada en forma abstracta. Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en apoyo de su tesis.

Formuló consideraciones con relación al fallo "Avan".

Sostuvo que el mencionado precedente se vincula fundamentalmente con la rectificación de una cuenta corriente bancaria por la incorporación de intereses excesivos sobre los saldos deudores girados en descubierto.

Formuló consideraciones con relación al denominado Acuerdo Contingente en Cuenta Corriente.

Dijo que el antijurídico proceder a que hace referencia la parte actora está vinculado con el llamado "Riesgo Contingente" en paralelo con otro denominado "Exceso de Acuerdo".

Que si bien su representado no utiliza tales denominaciones, en determinados casos o circunstancias el Banco cobra una comisión por el otorgamiento de acuerdos de utilización de fondos

Poder Judicial de la Nación

bajo la forma de adelantos en cuenta corriente que denomina "Acuerdo Contingente en Cuenta Corriente", que es el que más se aproxima a la terminología utilizada por la actora.

Que el cobro de dicho concepto entró en vigencia en el Nuevo Banco de Santa Fe a partir del 04/12/2006 y se aplicó sólo respecto de muy pocos clientes.

Señaló que en la actualidad el producto está normado en el Manual de Préstamos y en el Comunicado "B" 001.

Efectuó consideraciones sobre algunos aspectos normativos y operativos.

Señaló que en lo que respecta a los Acuerdos Contingentes en Cuenta Corriente, sólo las siguientes dos causales pueden dar origen al cobro de una comisión, según el Comunicado al que refiere: (1) En caso que el cliente haya depositado cheques de otros bancos y los mismos hayan sido girados a cámara compensadora sin tener aún su conformidad la que sólo se obtendrá fuera del horario de atención al público; (2) en caso que el cliente se encuentre a la espera de transferencias de fondos provenientes de otras Entidades Financieras.

Que el cargo se calcula sobre el monto total del Acuerdo otorgado, independientemente de la eventual utilización -total o parcial- del Acuerdo.

Que dicho cargo no está sujeto al monto efectivamente utilizado ni al tiempo de utilización del Acuerdo.

Que la comisión que percibe el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. con motivo de los Acuerdos Contingentes en Cuenta Corriente asciende actualmente y desde el 14/05/08 a la fecha al cinco por mil sobre el monto del acuerdo. Y que inicialmente, desde el 04/12/06 hasta el 20/04/08 el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. percibía una comisión del tres por mil, con un tope de \$ 500.

Puntualizó que el Acuerdo otorgado tiene vigencia desde el momento de su información -carga- al sistema hasta la finalización del mismo día.

Que ello significa que están autorizados sólo los sobregiros producidos en ese día y hasta su definitiva cancelación –en el mismo día o

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

en posteriores- pero no los nuevos sobregiros que pudieran tener lugar en días posteriores.

Señaló que al cierre de las operaciones del día del otorgamiento del Acuerdo pueden darse dos situaciones que describe.

Que los valores fueran acreditados a favor del cliente por la Cámara Compensadora o bien que el cliente recibiera las transferencias esperadas, cubriéndose en su totalidad el sobregiro autorizado. Dijo que en esta situación no corresponde cobrar intereses compensatorios puesto que el cliente no utilizó fondos.

O que no se acreditaran los valores de cámara o no se recibieran las transferencias esperadas o bien que no se acreditaran en su totalidad no alcanzando para la total cobertura del sobregiro autorizado. Señaló que en este caso se cobran los intereses compensatorios vigentes al momento de la operación, de acuerdo a la categorización del cliente y sólo sobre los saldos del Acuerdo efectivamente utilizados por el cliente hasta su cancelación efectiva, lo que puede ocurrir en los días siguientes al otorgamiento del Acuerdo.

Dijo que en ambas situaciones, a partir del otorgamiento del Acuerdo, el Banco corre riesgo crediticio ya que las acreditaciones esperadas pueden cubrir o no los saldos utilizados por el cliente sin que el banco tenga posibilidad de revertir la situación, asumiendo consecuentemente el riesgo asociado al acuerdo.

Se refirió a la explicación del llamado riesgo contingente que la actora realiza en la demanda. Hizo notar que la actora introduce un ejemplo a fin de intentar demostrar que el Nuevo Banco de Santa Fe no corre riesgos, el cual no se corresponde con la realidad.

Sostuvo que en el ejemplo la actora plantea la situación de los cheques que ingresan a consulta por fondos insuficientes o por no tener un Acuerdo vigente y que su gestión de cobro se realiza a través de una Cámara Compensadora y que, consecuentemente, pueden ser finalmente rechazados hasta las 15 horas, en caso que el cliente no cubriera el mismo -según el ejemplo de la accionante-.

Refirió que la actora sostiene que de darse esta situación o bien que el cliente deposite antes de las 15 hs., el Banco cobró la comisión y "nunca habría afrontado pago ni riesgo alguno de no cobro ulterior".

Poder Judicial de la Nación

Señaló que en el ejemplo dado por la actora y ante una igual situación, en el Nuevo Banco de Santa Fe el tema en cuestión tendría un tratamiento distinto al señalado por la actora.

Que al ingresar el cheque de la cámara, **el responsable comercial del Nuevo Banco de Santa Fe**, en comunicación con el cliente, puede decidir asignarle o no un Acuerdo en Cuenta Corriente Contingente, debiendo identificar en el formulario respectivo -F 168- una de las cinco causales previstas en el punto 5.5. del Manual referenciado en el acápite 51 de su presentación.

Agregó que la situación planteada sólo sería compatible con las causales 4 o 5 en razón de no plantearse en el ejemplo de la actora una situación que se vincule con alguna de las tres primeras causales.

Que por ende, en el ejemplo en cuestión el Nuevo Banco de Santa Fe no cobraría a sus clientes comisión alguna haciendo imposible la "proyección del importe cobrado", por inexistente.

Agregó que de combinarse el ejemplo con algunas de las dos primeras causales, el Nuevo Banco de Santa Fe cobraría la comisión pero como en las otras causales, afrontaría el riesgo "de no cobro ulterior" como señala en el acápite 56 de su contestación de demanda.

Que por su parte, de combinarse el ejemplo con la tercera causal, el Nuevo Banco de Santa Fe no cobraría la comisión en cuestión.

Puntualizó que cuando el cliente utiliza el Acuerdo Contingente en Cuenta Corriente el Banco corre un riesgo crediticio, pudiendo la cobertura del sobregiro extenderse por varios días sin que el banco pueda unilateralmente revertir el Acuerdo y/o eliminar el sobregiro.

Que la proyección del importe cobrado en tal concepto carece de sentido lógico ya que se trata de un cargo por única vez y su importe se calcula en forma directa sobre el monto del Acuerdo, independientemente de la utilización total o parcial del acuerdo y del tiempo de dicha utilización.

Señaló que el riesgo es la esencia del negocio bancario y si el mismo no existiera, la intermediación financiera y los bancos no tendrían razón de ser.

Poder Judicial de la Nación

Que es el propio actor quien sostiene que "en la actividad bancaria comercial todo tenga una base de cálculo", por lo cual mal puede sostener la inexistencia de riesgos.

Formuló consideraciones con relación a la "OPRAC A 3052".

Sostuvo que lo afirmado por la actora con relación a la Comunicación del BCRA A 3052 es falso, al tiempo que implica una lectura errónea y sesgada de la normativa que cita.

Señaló que su mandante es una entidad financiera debidamente autorizada por el BCRA para realizar intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, quedando comprendida dentro de las disposiciones de la Ley de Entidades Financieras N° 21.520 cuya autoridad de aplicación es el BCRA.

Que a su respecto, su mandante se ha ajustado en lo relacionado con su operatoria, a lo dispuesto por el art. 30 de la LEF en cuanto establece que las entidades comprendidas en ella se ajustarán a las normas que se dicten, entre otros, sobre los siguientes ítems: "c) Plazos, tasas de interés, comisiones y cargos de cualquier naturaleza".

Dijo que la Comunicación A. 3052 es una OPRAC (sigla con la que el BCRA identifica a todo lo concerniente con operaciones activas) a través de lo cual regula principalmente lo concerniente a las tasas de interés activas y no lo concerniente a comisiones.

Sostuvo que la afirmación e interpretación de la actora es errónea y sesgada porque ignora y omite maliciosamente considerar otros puntos de la referida Comunicación que hacen referencia a las "Comisiones por acuerdos de utilización de fondos bajo la forma de adelantos de cuenta corriente" que, en el caso de Nuevo Banco de Santa Fe, se identifican como "Acuerdo Contingente en Cuenta Corriente".

Transcribió y formuló consideraciones con relación a ciertos puntos de la Comunicación en cuestión.

Puntualizó que las comisiones percibidas por el Nuevo Banco de Santa Fe en materia de Acuerdos Contingentes de Cuenta Corriente están comprendidas en el punto 3.4.3.1. que cita y que, a criterio del BCRA no deben ser consideradas como integrantes del Costo Financiero Total de la operación y, por ende, no deben proyectarse en

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

forma de tasa de interés anual, como pretende la actora.

Formuló consideraciones con relación a "Un caso práctico del reclamo "a" del objeto de la demanda", introducido por la actora en el escrito inicial.

Señaló que el ejemplo dado por la actora en la página 14 de su presentación "Un caso práctico del reclamo "a" del objeto de la demanda", en el que la gestión de cobro del cheque se realiza a través de la Cámara Compensadora, no es válido para el caso del Nuevo Banco de Santa Fe dado que una vez otorgado el "Acuerdo en Cuenta Corriente Contingente", su mandante necesariamente asume el riesgo ya que el Acuerdo lleva implícito la autorización de sobregiro y la imposibilidad del rechazo del cheque.

Reiteró de todas formas que la comisión que se cobra es por el otorgamiento del Acuerdo e independientemente de la utilización total o parcial del mismo.

Puntualizó que la actora se refiere en su presentación al "eventual cobro paralelo de una comisión de "Exceso de acuerdo".

Aclaró al respecto que su mandante no cobra comisión paralela alguna a la de Acuerdo contingente".

Señaló que sin perjuicio de no ser materia del reclamo, los intereses compensatorios que se cobran por la utilización del Acuerdo son los de mercado y que si bien pueden ser superiores a los cobrados por el mismo banco por un acuerdo en cuenta corriente común, tal diferenciación se justifica en razón de asumir el banco un riesgo mayor al previsto ya que el cliente alcanza, como consecuencia del sobregiro en descubierto adicional, un nivel de riesgo mayor al deseado, al tiempo que necesariamente se ve alterada la programación financiera del banco.

Agregó que, por otro lado, de generalizarse la conducta de los clientes a sobregirar por sobre sus saldos acreedores o por sobre sus acuerdos previos, bien podría llegar a ponerse en riesgo la situación de liquidez del banco.

Adujo que al transcribir la grilla de conceptos que cobrarían las entidades financieras en materia de cuentas corrientes bancarias por su operatoria de rutina, la actora omite señalar cuáles de esos conceptos son los que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe.

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

Consideró que esa omisión es demostrativa de la vaguedad del reclamo de la actora.

Formuló consideraciones con relación a la carga probatoria dinámica.

Argumentó sobre el carácter de consumidores de las personas jurídicas clientes del Nuevo Banco de Santa Fe. Negó tal condición respecto de estas últimas.

Adujo que las personas jurídicas que ejercen el comercio y utilizan sus cuentas corrientes bancarias para pagar los insumos que adquieren a fin de incorporarlos a su propia actividad de empresa y dar continuidad a sus operaciones, con el objeto de abastecer a sus clientes y lograr así el lucro de su actividad habitual no reciben la protección jurídica de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sostuvo que la actora se arroga la representación de sujetos que no están amparados por la Ley de Defensa del Consumidor o que, para determinar si lo están o no, se requeriría de un análisis caso por caso, de cada cliente y operación concertada, lo cual no fue solicitado por la actora.

Señaló que Nuevo Banco de Santa Fe opera fundamentalmente con empresas que no pueden ser consideradas consumidores o usuarios finales a sus fines.

Formuló disquisiciones con relación al Banco Central de la República Argentina y a sus funciones de poder de policía, exclusivo y excluyente, en materia de control de la actividad financiera.

Puntualizó que la actora omite toda consideración al respecto y pretende que se dicte una sentencia con carácter general "que ordene que tales procederes cesen en el futuro, disponiéndose que se reformulen los cálculos respectivos de intereses y/o la metodología de tratamiento para los casos de riesgo contingente".

Que la demandante pretende entonces que el Poder Judicial se arrogue y ejerza facultades administrativas que corresponden a otro poder, lo cual resulta inaceptable ya que se estaría afectando la división de poderes consagrada en la Constitución Nacional.

Poder Judicial de la Nación

Se exployó con relación a la autonomía de la voluntad.

Dijo que las operaciones financieras concertadas por los clientes del Nuevo Banco de Santa Fe han sido efectuadas dentro del régimen de autonomía de la voluntad y en condiciones de libertad y pleno discernimiento de los contratantes.

Sostuvo que ningún cliente del Nuevo Banco de Santa Fe ha iniciado reclamo judicial alguno en su contra durante los últimos cinco años con motivo de las denuncias efectuadas por la actora.

Formuló consideraciones con relación a la prueba ofrecida por la actora y ofreció, a su vez, la suya.

Fundó en derecho la contestación de demanda.

3. A fs. 137/151 la parte actora contestó el traslado relativo al trámite de mediación, excepción de prescripción, excepción de falta de legitimación activa, sobre la oposición a ciertas pruebas y con relación a la documentación acompañada por la contraparte.

Pidió el rechazo de todos los planteos.

Sostuvo que el Nuevo Banco de Santa Fe señala que su mandante no cumple con el requisito del art 53 de la ley de Defensa del Consumidor al no adjuntar la respectiva acta poder.

Recordó que no tiene entidad alguna lo manifestado respecto al incumplimiento de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 24.240 porque tal como explica y contrariamente a lo sostenido por el Nuevo Banco de Santa Fe, su mandante representa intereses de incidencia colectiva, los que son excluidos de la norma citada, que requiere acta poder para actuar.

Recordó que la legitimación está basada en diversos argumentos doctrinarios y jurisprudenciales, amén de que el derecho positivo otorga legitimación a todas las asociaciones de consumidores y más aún ahora, en materia patrimonial, luego de la ley 26.361 y más aún con la reciente confirmación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso " Halabi".

Formuló consideraciones con relación a los arts.52, 54 y 55 de la ley de Defensa del Consumidor.

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

Sostuvo que el art 54 contempla de manera expresa en sus párrafos segundo y tercero los reclamos referidos a personas indeterminadas e incluso que no puedan ser individualizadas estructurando al respecto un mecanismo de ulterior ejecución de sentencia una vez que el caso tenga fallo definitivo.

Agregó que desaparece el núcleo de los cuestionamientos que sobre el particular esgrimían los demandados de una asociación de consumidores cuando el reclamo versare sobre temas patrimoniales e involucrase a grupos de ciudadanos.

Que por otro lado permanece en el art. 55 -texto ley 26.361- la legitimación a las asociaciones de consumidores en toda materia referida a intereses de los mismos.

Consideró que la actual redacción de la ley 24.240 texto ordenado ley 26.361 ha clausurado en forma definitiva la discusión acerca de los derechos de incidencia colectiva y su defensa en el ámbito judicial, desapareciendo las objeciones e imponiéndose el rechazo de las mismas.

Formuló consideraciones con relación a los derechos individuales homogéneos.

Señaló que no le asiste razón a la demandada cuando dice que nos encontramos ante circunstancias heterogéneas.

Señaló que lo cierto es que todos y cada uno de los consumidores financieros se han encontrado siempre ante la misma situación (la aplicación de una comisión excesiva e injustificada) y el consecuente perjuicio patrimonial. Agregó que es evidente que la acción que se cuestiona tuvo idéntica causa.

Adujo que no obsta al progreso de la presente demanda el hecho de que cada damnificado haya recibido contratación individualmente y que sus perjuicios son de diferente medida.

Que varios actos de igual naturaleza relacionados en forma inmediata constituyen una acción cuando de acuerdo al esquema social de la actividad que sirve de base al tipo, conforman una unidad.

Que no sólo la homogeneidad se estructura cuando se trata de una conducta similar sino además es necesario que la misma haya sido

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

constante.

Que la continuidad de todo acto parcial posterior, como los anteriores, tiene que asentarse en la misma situación externa que lo motiva y confundirse con ellos desde el punto de vista de la motivación.

Concluyó en que no importa la individualización de todos y cada uno de los consumidores financieros, sus datos filiatorios pueden ser variables y que lo constante es el obrar de la demandada ante su cliente y que tiene el mismo resultado traducido en el perjuicio patrimonial del consumidor.

Que esos derechos individuales vulnerados por una simple decisión empresaria pertenecen a una homogénea y plural cantidad de personas denominadas consumidores.

Sostuvo que a partir de la reforma de 1994 la Constitución Nacional ha receptado expresamente entre sus normas la protección de consumidores y usuarios.

Que en la protección de los intereses de los consumidores, las Asociaciones de Consumidores juegan un papel determinante.

Que es inaceptable la argumentación de que en autos se discuten intereses patrimoniales yuxtapuestos.

Que la oferta y colocación de los servicios prestados por el banco es general y que nadie en su sano juicio creería que el consumidor financiero se sienta a discutir las condiciones del contrato.

Adujo que si bien los contratos de adhesión son en principio legítimos, su ilicitud surge si se la usa para trasladar los costos a la otra parte o ampliar excesivamente los derechos para el proponente, tornándose la cláusula predispuesta abusiva.

Sintetizó en que no existe el consumidor como individuo aislado, sino como una universalidad. Que el perjudicado no sólo es el "actual cliente" sino la sociedad consumidora toda.

Formuló consideraciones con relación a la legitimidad de las asociaciones de consumidores en el ámbito de la jurisprudencia.

Señaló que la legitimación de las ONG en las cuestiones

Poder Judicial de la Nación

de consumo tiene una vinculación extrínseca con los principios de justicia y que las asociaciones de consumidores contribuyen al bienestar común toda vez que se erigen como una reacción frente a quienes gozan de disfrutes a costa de la desventaja de los demás.

Formuló consideraciones con relación a la supuesta ausencia de caso. Sostuvo que la demandada alega que la asociación actora no posee legitimación procesal para perseguir el objetivo reclamado en la demanda porque no identifica " un solo caso concreto".

Sostuvo que la contraria olvida que la presente es una acción colectiva.

Agregó que en el caso "Halabi" dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en febrero de 2009, se distinguió la diferencia existente entre la acción de reclamo por derechos individuales de la protección de derechos colectivos y de la de intereses individuales homogéneos reconociendo a las asociaciones de defensa del consumidor el derecho a actuar en defensa de tales intereses patrimoniales individuales homogéneos.

Advirtió que como resulta de la sola lectura de la demanda incoada, en el presente proceso sí hay un "caso" en tanto se trata del legítimo accionar de una asociación de defensa de consumidores financieros, ajustada a las especificaciones de su estatuto y por una causa que afecta intereses individuales homogéneos de carácter patrimonial.

Concluyó en que esta afectación de intereses individuales homogéneos motiva el interés de su mandante en el desarrollo del proceso contra el banco demandado y que desde esa perspectiva no tiene que demostrar la existencia de un perjuicio.

4. Dispuesta la apertura a prueba de las actuaciones se produjo la que da cuenta el informe de fs. 304.

Clausurado el período probatorio, las partes ejercieron la facultad prevista por el art 482 Código procesal.

El alegato de la parte actora se agrega a fs. 306/308 y el de la demandada a fs. 310/318.

A fs.320 vlta. se llaman autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra consentida.

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

Y CONSIDERANDO.

I. Consumidores Financieros, Asociación Civil para su Defensa se presenta en autos en defensa de los derechos de los usuarios físicos y de las personas jurídicas en la condición de consumidores que hayan utilizado el sistema que explica.

Concretamente peticona que se condene al Nuevo Banco de Santa Fe S.A. por su proceder que considera antijurídico en materia del llamado “riesgo contingente” y con relación a sus clientes de cuenta corriente, cuando se compruebe que respecto de los mismos hubieron las siguientes conductas:

A) Haya requerido a sus cuenta-correntistas un cobro en tal concepto sea como único punto o en paralelo con otro denominado “Exceso de Acuerdo”, en oportunidad de sobregiros esto es, más de lo depositado en cuenta de fondos, pero que no obstante se cubrieron el mismo día, según describe en la demanda;

B) Cuando la proyección financiera de lo cobrado por tal concepto, aún si el descubierto prosiguió más de un día, y en mérito a los parámetros pertinentes -o sea, no abusivos- para una Tasa Efectiva Anual -TEA- excedan los límites razonables en la materia.

Requiere que la condena ordene que se devuelva a los afectados con más sus intereses, todo lo percibido de más por tales conceptos, cuando medió la aludida situación -cobertura en el día- durante los últimos diez años y/o para la hipótesis B, los abusos TEA que pudieron haberse dado sobre el particular.

Solicita que la sentencia también ordene que tales procederes cesen en el futuro, disponiendo que se reformulen los cálculos respectivos de intereses y/o metodología de tratamiento para los casos de “riesgo contingente”.

Peticona por último con relación a los clientes no localizables físicamente, que sean convocados a través de los medios que se dispongan y que se coloquen los fondos respectivos en una cuenta a la orden del Juzgado para que a medida que esas personas se enteren “puedan desenvolver los trámites del caso a fin de cobrar aquello que les corresponde”.

Poder Judicial de la Nación

Nuevo Banco de Santa Fe S.A. niega el proceder antijurídico que se le reprocha y el derecho de la Asociación actora a peticionar como lo hace.

Critica la pretendida eximición del procedimiento previo de mediación obligatorio y plantea la defensa de prescripción.

De seguido niega todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda y plantea la excepción de falta de legitimación activa.

A continuación plantea la “ausencia de caso” y formula consideraciones con respecto al carácter de consumidores de las personas jurídicas clientes del Nuevo Banco de Santa Fe S.A.

Dada la forma como ha quedado trabada la litis, debe determinarse si asiste derecho a la Asociación actora a obtener una sentencia que condene al Banco demandado en la forma pedida o si deben ser atendidos los argumentos defensivos de la accionada.

Para analizar los aspectos involucrados he de alterar, por razones de método, el orden postulado por el defendido.

De otro lado bueno es destacar que la decisión que se adopte sobre algún punto concreto controvertido, convertiría en inoficiosa la consideración de algún otro aspecto de la controversia, como ha de advertirse en cada uno de los puntos siguientes.

II. (i) **a)** Como punto de partida corresponde considerar la excepción de **falta de legitimación activa** que planteó el Banco demandado.

Los cuestionamientos vinculados con la legitimatio ad causam, consisten en general en la ausencia de identidad entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede la acción (cfr. Carli, Carlo, “La demanda civil”, p. 227, B, Ed. Retua, La Plata, 1991) y procede cuando o bien el actor no es la persona idónea o habilitada para discutir en punto al objeto litigioso o que la persona o personas demandadas no son las que pueden oponerse a la pretensión del actor o respecto de las cuales es viable emitir una sentencia de mérito o de fondo (CNCom, Sala C, 07.05.93, “Sotomayor, Jorge c/ Banco Supervielle Societe Generale”).

Poder Judicial de la Nación

Debe demostrarse la calidad de titular del derecho del demandante y la calidad de obligado del demandado, pues la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida en su posición respecto del acto, y se diferencia de la capacidad en que ésta expresa una aptitud intrínseca del sujeto, mientras que aquella se refiere directamente a la relación jurídica y, sólo a través de ella, a los sujetos (Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos ...”, Tº IV, p. 334) (CNCom, Sala C, 31.03.95, “Sanatorio Güemes SA c/ Bamballi, Elías”).

Se advierte claramente que, en este caso en particular, el planteo defensivo opuesto al progreso de la pretensión material postula la exclusión de la titularidad de la relación jurídica invocada en la demanda en su faz activa, relación jurídica sustancial que constituye uno de los presupuestos para la existencia de proceso válido (CNCom, Sala B, 04.09.95, “Goldser SA c/ Granero Aníbal s/ ordinario”).

De ello se seguiría, en concordancia con la posición de la accionada, que la actora no se encontraría dotada de suficiente legitimación para pretender contra su adversaria en esta causa. Y así aparece perfilada la consecuencia, en los términos en que ello fue planteado, relativa a que la falta de acción proyecta efectos respecto de las dos partes enfrentadas en la litis: basta la ausencia de aquella cualidad en una de ellas para que la relación jurídico-procesal se encuentre afectada.

En el sub lite, se reitera, la argumentación defensiva refiere a la inexistencia de aptitud para obrar de la actora en defensa de intereses que no son propios sino de una pluralidad de consumidores afectados por la actividad de la demandada.

Se ha dicho que conceptos tales como intereses difusos o derechos de incidencia colectiva, entrañan dificultades aún no superadas “[...] en la búsqueda por precisar su significado, situarlos en la estructura de las normas que se refieren a ellos y, en lo posible, definir con nitidez los perfiles de una nueva categoría que los comprenda y adecue sus efectos a la eficaz tutela de los trascendentes valores que ellos involucran” (v. Monti, José Luis, “Los intereses difusos y su protección jurisdiccional”, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2005, págs. 21/22).

La defensa de los derechos de consumidores y usuarios tiene en nuestro derecho, como en los regímenes jurídicos más modernos, reconocimiento constitucional expreso en el art. 42 CN. Dicha norma prescribe que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo... y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.”

Pero también reconoce base en el texto constitucional la legitimación conferida a las asociaciones de consumidores y la vía habilitada para asegurar la efectiva vigencia de esos derechos y garantías. Es así que con arreglo a lo dispuesto por la CN, art. 43, segundo párrafo, podrán interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones de consumidores, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Se ha explicado que este último precepto posibilita a las asociaciones de consumidores a comparecer a los estrados judiciales cuando se adviertan conculcados los derechos de incidencia colectiva que, por su peculiar naturaleza, se caracterizan por la indeterminación respecto a la pluralidad de los sujetos involucrados (Bidart Campos, G. y Sagüés, N. P., obra colectiva, “El Amparo Constitucional. Perspectivas y Modalidades”, p. 25, Depalma, Bs. As., 1999).

Mas, la habilitación normativa de las asociaciones de consumidores no viene dada tan sólo por el art. 43 de la Constitución Nacional, sino además, por la Ley 24.240 modificada por la ley 26.361, que contempla expresamente en el art. 52 la posibilidad de accionar en defensa de los intereses individuales y colectivos.

De un lado, y en relación a la protección de un interés individual, la ley confiere legitimación al consumidor o usuario, a las entidades de defensa de consumidores, a la autoridad de aplicación, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público. Es decir, que frente a la afectación de un interés de este tipo existen otros legitimados además del titular directo, esto es, el consumidor, por lo que mientras el titular actúa por derecho propio, los otros lo hacen por representación legal.

De otro lado, la norma citada comienza a incorporar la perspectiva colectiva del derecho de los consumidores al establecer que: "En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas", para lo cual resolverá "teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente".

Por lo demás, como sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24 de febrero del 2009 en el denominado caso "Halabi" -en el que declaró la inconstitucionalidad de la llamada " Ley Espía" y su Decreto Reglamentario-, la falta de regulación legal de las acciones colectivas no es óbice para que los jueces hagan directamente operativa la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional.

Las consideraciones efectuadas precedentemente son suficientes para conducir al rechazo del planteo defensivo pues la Asociación actora se encuentra en la situación contemplada en los fundamentos reseñados, sin que resulte necesario abundar sobre la cuestión.

No obstante, entiendo apropiado abundar en ciertas consideraciones con relación a esta temática que ha sido ampliamente tratada en cierto precedente de la Excma. Cámara Comercial, cuyos fundamentos también considero aplicables al caso aquí planteado.

La asociación actora promueve mediante esta demanda lo que califica como acción colectiva.

Mediante este tipo de procesos se consolidan diferentes pleitos relacionados en uno. La doctrina ha dicho que la acción colectiva es un proceso que permite resolver casos en que las pretensiones individuales son tan reducidas que no justifican los costos necesarios para su protección; y al mismo tiempo un procedimiento que elimina el incentivo de empresas a realizar conductas que pudieran causar daños graves en su conjunto pero que fueran mínimos desde la óptica de cada actor (Sola, Juan V., El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas, LL 2009-B, 154).

El mismo autor señala que la acción colectiva emergerá frente a la reunión de tres requisitos básicos: 1) un gran número de actores; 2) que la pérdida sufrida por cada uno de ellos sea relativamente pequeña para aconsejar una acción individual; y 3) que los costos tanto administrativos como judiciales de cada acción individual sean relativamente altos.

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

De todos modos, en tanto la acción de clase podría ser entendida como un avance sobre ciertos derechos individuales, amén de no estar expresamente regulada por ley, su viabilidad debe ser analizada con criterio restrictivo (Badeni G., El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos, LL 2009-B, 255).

Como ha dicho la Corte Nacional en el caso “Halabi”, “La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho a trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina Fallos 211:1056 y 215:357)” (CSJN, 24.2.2009, “Halabi Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873, Dto. 1563/04”, Considerando 12 voto mayoría, Fallos 332:111).

Tal como resulta de la demanda, Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa, dedujo esta acción apoyando su legitimación en lo normado por los artículos 52 y 55 de la ley 24.240 (reforma ley 26.361).

Si bien en su redacción original, la ley ya concedía legitimación a las asociaciones de consumidores, la ley 26.361 acentuó esta calidad, en buena medida restableciendo la redacción que había sido observada en su tiempo por el decreto 2089/93.

El artículo 52 de la referida ley, concedió a estas asociaciones al disponer expresamente que “La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley...”; calidad que luego fue reiterada por el artículo 55 al establecer que “Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del art. 58 de esta ley”.

No ha sido desvirtuado en autos que la actora se encuentra

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

dentro de este tipo de personas jurídicas autorizadas por la autoridad de aplicación para actuar en representación de usuarios o consumidores.

Sin embargo, para algunos tal calidad no alcanza para reconocerles legitimación para accionar, pues la que le es otorgada por la ley sólo puede ser ejercida cuando se encuentren afectados intereses colectivos o difusos (Picasso S. y Vázquez Ferreira R., Ley de Defensa del Consumidor – Comentada y Anotada, T. I, página 587).

Las acciones colectivas o también llamadas acciones de clase no han sido objeto de una regulación específica en nuestra legislación, a diferencia de lo que sí ocurre en otros países.

Cabe reiterar que nuestra Constitución Nacional en su artículo 43 concede legitimación a las asociaciones de consumidores en lo que la Corte Nacional ha calificado como “...una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos” (CSJN, “Halabi” ya citado, considerando 12 de la mayoría).

Según dispone el segundo párrafo del referido artículo de la Carta Magna, “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Y en este punto el Alto Tribunal recordó que aún frente a la ausencia de regulación, la referida disposición constitucional debe ser considerada como operativa pues lo contrario produciría una clara afectación de un derecho fundamental y del acceso a la Justicia de su titular. Es que las garantías constitucionales, en tanto previstas por la Carta Magna, “...existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías” (CSJN, fallo “Halabi” considerando 12 de la mayoría).

Es que el Alto Tribunal, a los efectos de determinar la legitimación procesal, delimitó tres categorías de derechos: i) los derechos individuales; ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales

Poder Judicial de la Nación

homogéneos (CSJN, fallo “Halabi” considerando 9 de la mayoría).

Esta última categoría es la que habilitaría a la aquí actora a demandar. Empero el Banco demandado, al oponer su defensa, sostuvo que en el caso la acción incoada no se dirigía a resguardar “intereses individuales homogéneos”, pues la hipotética “clase” estaba constituida por personas que presentaban situaciones diversas según los productos contratados, pacto que fue diagramado según características particulares de cada cliente.

La doctrina del caso “Halabi”, dictada cuando la ley de defensa del consumidor había sido ya reformada por ley 26.361, fue anticipada en un voto en disidencia del señor Ministro Ricardo Lorenzetti, dictado en la causa “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro; Filial Córdoba”, donde señaló en el tema que nos ocupa “...que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos” (CSJN, 31.10.2006, “Mujeres por la Vida - Asociación civil sin Fines de Lucro -Filial Córdoba- c/ E.N. -PEN- Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”).

Como luego reiteró, ahora el voto mayoritario en “Halabi”, la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, pueden ser ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones de consumidores y el afectado, y responden a aquéllos que recaen sobre un bien colectivo que es indivisible y pertenece a toda la sociedad (vgr. el ambiente). Por último, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos que responderían, entre otros, a aquellos que afectan a los derechos de los usuarios y consumidores, que no constituyen un bien colectivo pues allí son afectados derechos individuales divisibles. Empero, habiendo homogeneidad fáctica y normativa, es razonable que la sentencia que tutela un interés individual de una persona pueda extenderse a los derechos individuales de las restantes afectadas por un factor común. Éstas son las acciones de clase (Gelli, M. A., La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso 'Halabi’”; LL 2009-B, 565; Iñiguez M., Asociaciones de Consumidores, página 360, en Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-I).

Poder Judicial de la Nación

En palabras del señor Juez Lorenzetti, ha dicho que "...en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único y continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño" (causa "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro; Filial Córdoba").

En el fallo "Halabi", la Corte Nacional precisó que para que proceda este tipo de acciones es menester verificar: 1. que exista una causa fáctica común que lesione a una pluralidad relevante de derechos individuales; 2. una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo; no debe relacionarse con el daño diferenciado, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos por estar afectados por el mismo hecho; 3. que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, pues de ser así, podría verse afectado el acceso a la justicia.

De todos modos el Alto Tribunal entendió como supuestos de excepción a esta última regla los casos en que la naturaleza de esos derechos excede el interés de la parte y al mismo tiempo evidencia el interés estatal en asegurar su protección.

Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa dedujo demanda contra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. enfocando su pretensión a un grupo específico de clientes del Banco -ver objeto de la demanda.

Y argumentó como fundamento de su pretensión económica, una infracción atribuida al Banco que involucra e identifica a todo el grupo.

Tales recaudos atienden tanto las exigencias generales antes indicadas, como los requisitos de admisibilidad enunciados en el considerando 20 del voto mayoritario en la causa "Halabi".

Así, puede entenderse que ha sido correctamente identificado el grupo o colectivo afectado; y que el planteo responde al

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

interés del conjunto, antes que algún derecho individual.

Concluyo entonces, que tales recaudos de admisibilidad (identificación de grupo; idoneidad de quien pretende representarlo; planteo enfocado al colectivo; Alterini A., Las acciones colectivas en las relaciones de consumo –El armado de un sistema-; LL 2009-D, 740), se encuentran reunidos en la causa.

Procede entonces, en lo sustancial, el rechazo del planteo del Banco demandado.

b) Ahora bien, previo a ingresar al resto de los planteos defensivos, agotaré el análisis de la defensa de falta de legitimación activa con la **cuestión relativa a las personas jurídicas.**

En efecto, si bien el Banco introdujo esta cuestión en el apartado vii.8 de su contestación de demanda, esto es, en forma independiente de las consideraciones y argumentación mediante la cual funda su planteo de falta de legitimación activa, la cuestión atinente a la habilidad o no de la entidad actora para representar a las personas jurídicas de acuerdo a los fundamentos por los que la accionada niega esta posibilidad, se subsume en la defensa de falta de legitimación cuya consideración –es útil reiterar- fue postergada para este momento procesal.

No se opone a este temperamento lo decidido a fs.170/172 con relación a cierta oposición formulada por el Banco con respecto a la extensión de los puntos de la pericia contable pues, lo que allí se dijo se relaciona exclusivamente con la prueba cuestionada y debe entenderse con carácter general pues, como se verá de seguido, la entidad actora si posee legitimación para representar, en el ámbito del consumo, a las personas jurídicas, pero con cierta limitación derivada, precisamente, de las personas jurídicas que no pueden ser consideradas incluidas en el régimen tuitivo del consumidor.

Me explico, la demandada adujo, con relación al carácter de consumidores de las personas jurídicas clientes del Banco, que las personas jurídicas que ejercen el comercio y utilizan sus cuentas corrientes bancarias para pagar los insumos que adquieren a fin de incorporarlos a su propia actividad empresaria y dar continuidad a sus operaciones, con el objeto de abastecer a sus clientes y lograr así el lucro de su actividad habitual no reciben la protección de la Ley de Defensa del Consumidor.

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

En ese marco, el Nuevo Banco de Santa Fe señala que opera fundamentalmente con empresas que no pueden ser consideradas consumidores o usuarios finales a sus fines.

Consideró entonces el defendido que la actora no se encuentra legitimada para representar a estas últimas entidades.

Al contestar el traslado de la excepción, la parte actora no ha formulado argumentos conducentes para defender su alegada legitimación que, con relación a las personas jurídicas, esgrimió en la presentación inicial.

Cuadra recordar que en la demanda dijo defender "...los derechos de las personas jurídicas que hayan utilizado el sistema que pasamos a explicar, en tanto estas últimas son tan consumidores como los anteriores, pues formalizan todo tipo de contratos bancarios cuyo resultado final es para cubrir, al igual que las personas físicas, **sus propias necesidades económicas**". -el resaltado me pertenece-.

La cuestión ha sido minuciosamente tratada en un precedente de la Sala D de la Excma. Cámara Comercial "in re" "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ordinario" del 18.10.2010 que, por la profundidad del voto del Juez preopinante -Dr. Vassallo- he de seguir enteramente.

Se dijo en el mencionado precedente "El artículo primero de la ley 24.240, en su redacción original, incorporó expresamente a las personas jurídicas como consumidoras o usuarias; aunque luego limitó tal inclusión respecto de aquéllas que contrataran "...a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...".

"Este concepto genérico fue nuevamente acotado a los específicos negocios que detalló en el párrafo siguiente.

"La reforma de la ley de Defensa del Consumidor dispuesta por la ley 26.361 amplió el concepto de "usuario o consumidor" al considerar como tal "...a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...".

"A su vez derogó el segundo párrafo del artículo 2 original

Poder Judicial de la Nación

que restringía el concepto en tanto descartaba tal calidad a "...quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

"La actual redacción orienta nítidamente tanto el concepto de consumidor como el de usuario a su calidad de destinatario final del bien adquirido o el servicio recibido. Pauta que también es utilizada por el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, que en su artículo segundo dispone que "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final".

"Resulta objetivamente claro, entonces, que las personas jurídicas pueden ser calificadas como consumidores. Así ha sido precisado por la ley, tanto en su actual redacción como en la anterior, que en su artículo primero indicaba como tal tanto a las "personas físicas" como a las "personas jurídicas".

"Pero para que tal calidad pueda ser otorgada en los hechos, tanto el texto original de la norma como su redacción actual, requiere que tanto la persona física como la jurídica, adquiera o utilice "...bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...".

"Tal exigencia importaba (e importa), encuadrar como "consumidor" a la persona física que adquiera un producto o goce de servicios con destino a un uso esencialmente privado; mientras que en el caso de las personas jurídicas, el acto podría ser interpretado como de consumo cuando los bienes o los servicios adquiridos no se relacionen de manera específica con el ciclo productivo o, dicho de otro modo, con su particular competencia profesional (Hernández C., La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar, página 264, en Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-I).

"Los conceptos transcritos, que fueron desarrollados por el autor en vigencia de la ley 24.240 en su redacción original, permanecen incólumes luego del dictado de la ley 26.361. En este sentido ha dicho que "...la fórmula legal conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico (Hernández C., obra citada, página 269).

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

"Va de suyo que tal precisión, o con mayor propiedad, tal rasgo distintivo que excluye a la persona jurídica de la categoría de consumidor (el uso profesional del bien o servicio), provocó un debate sobre sus límites, los cuales aparecen más concretos al referirnos a personas físicas (Picasso S. y Vázquez Ferreira R., Ley de Defensa del Consumidor – Comentada y Anotada, T. I, página 32). Es que resulta más sencillo identificar el uso personal o doméstico del bien o servicio en una determinada persona física; mientras que para determinarlo en la persona jurídica es necesario conocer previamente su giro comercial o profesional para luego definir si la prestación tuvo por destino final a la empresa y si fue incorporado a su giro comercial o profesional, o a una función ajena a su objeto.

"Al definir quiénes integraban la clase involucrada en esta demanda, y referirse a las personas jurídicas, la asociación actora precisó que quedarían comprendidas aquéllas que "...hayan utilizado el sistema de descuento con el banco demandado, en tanto formalicen el contrato con la demandada cuyo resultado final fuera cubrir sus propias necesidades económicas".

"Es evidente que "necesidades económicas" no constituye un concepto asimilable al de destinatario final del bien adquirido. Menos aún permite establecer una correlación con el de uso profesional del bien o servicio.

"Por el contrario, las "necesidades económicas" de una persona jurídica, cuanto menos aquellas que detentan un carácter comercial, están vinculadas habitualmente, con requerimientos que exige su actividad empresaria.

"En este punto podría traerse a colación como ejemplo de las diversas interpretaciones que la jurisprudencia ha realizado al evaluar la calidad de consumidor de personas jurídicas, dos fallos de esta Cámara que han merecido diversos y disímiles comentarios desde lo doctrinario.

"Uno de ellos es el caso "Artemis Construcciones", en el cual fue admitida la aplicación de la ley 24.240 respecto de la persona jurídica que adquirió un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial -traslado de sus miembros y empleados-, en tanto fue considerado como el destinatario final del bien comprado (CNCom A, 21.11.2000, "Artemis Construcciones S.A. c/ Diyón S.A. y otro", LL 2001-B, 839).

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

"Distinta fue la solución brindada en el caso "Blue Way S.A.", en el cual fue declarada inaplicable la ley 24.240 frente "...al reclamo impetrado por una empresa de remise a efectos de obtener un resarcimiento por los daños derivados de la deficiente colocación de los equipos de GNC en los rodados adquiridos en tanto, el hecho de que éstos se encuentren destinados a prestar servicios a terceros, excluye a la relación del ámbito de aplicación de la citada norma" (CNCom Sala C, 21.12.2005, "Blue Way S.A. c/ Cidef Argentina S.A. y otro", La Ley Online AR/JUR/8784/2005).

"Más allá de los reparos que pueda mantener con la solución brindada en el primer caso, parecería que en ambos se trata de adquisiciones realizadas por sendas empresas en actividades vinculadas con su actividad comercial. Y podría inferirse que la diferencia de interpretación se encuentra sustentada en la diversa intensidad de las mentadas compras".

En el caso que estoy siguiendo, el vocal preopinante avanzó sobre la naturaleza de la operatoria involucrada en aquél precedente.

Aplicando igual metodología al caso aquí examinado se advierte conducencia en la cita efectuada por el Banco demandado al Dr. Barreira Delfino quien señala, en lo pertinente "Así, es factible observar un doble ámbito de financiamiento, en un proceso de bifurcación cada vez más notorio, el de la banca individual o personal y el de la banca empresarial o corporativa, desdoblamiento que no puede pasar inadvertido desde la óptica de la conformación de relaciones jurídicas distintas, con reglas de interpretación también distintas, en especial con relación a la defensa del denominado cliente bancario o consumidor financiero". (cfr. Barreira Delfino, Eduardo A. "Teoría General de la Contratación Bancaria", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2005-3, págs. 51 y 52), desarrollo argumental que, a mi juicio, impone alguna distinción que la actora no ha efectuado en la presentación inicial.

Ello así pues, acotado el análisis a la operatoria que motiva el reproche de la actora, cuando la cuenta corriente bancaria opera con provisión de fondos ajena, es decir, cuando el propio banco autoriza girar en descubierto, sea por decisión propia del banco o por existir un acuerdo en tal sentido, la utilización por el cuanta correntista -en el caso específico, la persona jurídica- de los fondos autorizados puede reconocer diversos destinos no siempre identificables con la condición de

Poder Judicial de la Nación

"consumidor final" que permita subsumir esa relación en la Ley de Defensa del Consumidor.

Tal como ha sido adelantado en la glosa del fallo de la Sala D supra citado, "...las personas de existencia ideal pueden ser calificadas como consumidoras o usuarias, en la medida que se constituyan en destinatarias finales del bien o servicio adquirido.

"Al ahondar en este concepto, fue explicado que el bien o servicio no puede ser aplicado a su actividad profesional, pues en tal caso cabría sostener que no medió una actividad de consumo, en tanto el adquirente habría aplicado o utilizado lo recibido a su giro empresario.

Tal como mencioné con anterioridad, la parte actora sostuvo su tesis señalando que las personas jurídicas son tan consumidores como las personas físicas "pues formalizan todo tipo de contratos bancarios cuyo resultado final es para cubrir, al igual que las personas físicas, sus propias necesidades económicas".

Pero volviendo al precedente mencionado "necesidades económicas" no constituye un concepto equivalente a "destinatario final" y menos aún a una actividad "no profesional".

Puede concluirse en autos de igual modo en el sentido que, en lo referido a las personas jurídicas, la determinación de la clase por parte de la Asociación actora no ha sido suficiente.

"...ello podría permitir el rechazo de esta acción, cuanto menos reitero respecto de las personas jurídicas, por incumplimiento de un recaudo de admisibilidad formal, como es la precisa identificación del grupo o colectivo afectado (CSJN, "Halabi", considerando 20); aspecto que debería ser verificado con criterio estricto por el juez.

"Resulta un tema por demás complejo determinar hasta qué punto debe ser identificada la clase y, específicamente, sus integrantes.

"Alguna doctrina ha sostenido que no puede ser exigido que cada miembro del grupo deba o pueda ser identificado al comienzo del pleito. Sólo es necesario que el Tribunal pueda saber qué tipo de personas la componen (Rodríguez C.A., nota ya citada).

"De todos modos entiendo que tal identificación no debe

Poder Judicial de la Nación

exigir de una actividad tal que requiera de múltiples medidas de indagación, habitualmente practicadas sobre la contabilidad o documentación de la demandada, al punto que el esfuerzo probatorio recaiga sustancialmente en la persona que será sujeto pasivo de la acción.

"Va de suyo que este aspecto no puede ser materia de reglas estrictas, cuanto menos desde la óptica judicial, en tanto la decisión en orden al cumplimiento de los recaudos de admisibilidad deberá ser adoptada en cada pleito.

"Pero revela una vez más, como lo señala la Corte Nacional en el caso "Halabi", la imperiosa necesidad del dictado de una regulación específica que defina los casos, requisitos, legitimación y efectos de la acción de clase...

"(...) Comparto, con la doctrina citada con anterioridad ...que resultaría un exceso exigir desde un inicio una puntual identificación de cada partícipe en el grupo o clase involucrada.

"Pero tampoco debe recurrirse a categorías genéricas al punto que sus integrantes podrían ser identificados sólo por vía de excepción frente al denominador común, antes que como parte de un grupo homogéneo.

"En el caso, y a la luz de los conceptos desarrollados, entiendo que para dirimir este capítulo del recurso cabe realizar una segmentación de la clase o grupo en punto a las personas jurídicas aquí cuestionadas. Tal división separará a las sociedades comerciales de aquellas asociaciones que no tienen tal carácter.

"Entiendo que la solución a la controversia resulta clara al ser analizado el caso de las sociedades comerciales...

"(...) las "necesidades económicas" de una sociedad comercial, entendidas ellas como las definidas en el artículo 1 de la ley 19.550, pueden contemplar tanto operaciones realizadas para incorporar bienes o servicios que tengan como destino final su patrimonio; o hacerse de aquellos para su ulterior aplicación a su proceso productivo.

"Desde un concepto general, las sociedades comerciales tienen una finalidad organizativa de la actividad empresarial. La doctrina clásica ha definido como el principal objetivo del derecho societario el de proveer una herramienta para la organización del trabajo grupal y la

Poder Judicial de la Nación

acumulación de capitales (Malagarriga C., Tratado Elemental de Derecho Comercial, T. I, primera parte, página 165; Garo, F., Sociedades Anónimas, T. I, página 50; Garrigues J., Curso de Derecho Mercantil, T. II, página 50; Rouillon A., Código de Comercio – Comentado y Anotado, T. III, página 6; Roitman H., Ley de Sociedades Comerciales – Comentada y Anotada, T. I, página 6; Cabanellas de las Cuevas, G., Introducción al Derecho Societario – Derecho Societario, T. I, página 46; entre otros).

"De allí que como principio, su actividad esencial se dirija a cumplir un determinado giro comercial que habitualmente se traduce en la producción de bienes y servicios. Congruente con ello el artículo 1 de la ley 19.550, que regula a las sociedades comerciales, define también como objetivo de estas agrupaciones la producción e intercambio de bienes o servicios.

"En este escenario el crédito, y particularmente el bancario, constituye un motor esencial a su finalidad. Es el que habitualmente le permitirá adquirir con mayores facilidades bienes y materia prima para concretar las labores de producción, distribución y venta de los bienes que genere.

"(...) Resulta evidente que, volviendo ahora al caso de las sociedades comerciales, que por su estructura empresaria y finalidad, la recepción de fondos mediante operaciones bancarias no puede ser entendida como una relación de consumo. Cuanto menos desde una apreciación genérica e integradora, como es la requerida para conformar un grupo que habilite la acción de clase.

"Por su clara finalidad, ser una estructura organizativa típica destinada al ejercicio en forma asociativa de la actividad de la empresa (Campobassi G. F., Diritto Commerciale: Diritto de la società, citado por Roitman H., obra y tomo citados, página 6)..." debe presumirse, en el caso aquí planteado, que los fondos obtenidos mediante la operatoria de que se trata son volcados a la actividad económica o profesional de la empresa.

"(...) Podría ocurrir que, sólo por excepción, alguna actividad específica de una sociedad comercial pudiera ser calificada como acto de consumo. Pero en tal caso trataríase de una situación atípica, en tanto la generalidad llevaría a la conclusión contraria. Dicho de otro modo, resultaría una actividad de excepción, alejada del concepto de denominador común que amalgama al grupo que da sentido a la acción de

Poder Judicial de la Nación

clase."

El escenario descrito en la fallo transcripto permite excluir a las sociedades comerciales de la presente demanda pues del universo de las operaciones en ella involucradas concertadas por estos sujetos con los Bancos, los actos de consumo -de existir- constituirían claramente una excepción.

Conclusión esta que podría ser perceptible frente a las "muestras" extraídas por la perito contadora que, según el informe pericial contable involucra a sociedades.

En autos no ha sido demostrada la subsunción en el régimen tuitivo de la Ley de Defensa del Consumidor respecto a las sociedades comerciales que pudieran haber sido clientes del Nuevo Banco de Santa Fe en los últimos años con causa en la operatoria aquí involucrada.

Va de suyo que tampoco ha sido acreditada tal calidad respecto de las personas físicas pues ellas también podrían estar excluidas de aquella categoría, como por ejemplo, en el caso de las profesionales liberales.

Pero, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades comerciales, cabe presumir como principio la calidad de consumidores en las personas físicas, pues lo contrario importaría un caso de excepción.

Igual conclusión cabe aplicar respecto de las personas jurídicas de carácter no comercial.

Es que por principio, las asociaciones civiles, fundaciones y otros entes, no reconocen en su funcionamiento un propósito de lucro.

Y si bien, por su actividad, es factible que puedan incurrir en actividades alejadas de los actos de consumo, es dable presumir del mismo modo que con relación a las personas físicas, que mayoritariamente actuarán como consumidores.

No desconozco que tal conclusión parte de una premisa de carácter general que podría ser destruida en algún caso, mediante prueba específica.

Empero, en el caso aquí planteado no advierto elementos

Poder Judicial de la Nación

probatorios que permitan desvirtuarla.

Por tanto y como conclusión sobre el punto, haré lugar parcialmente al planteo de la parte demandada formulado en el apartado VII.8 de fs. 128 vta./129, con el efecto de **excluir** de la "clase" involucrada en este juicio **a las personas jurídicas de carácter comercial que contrataron con el Banco en el período de diez años o en el menor que sea fijado**, de ser acogida la defensa que sigue.

(ii) Excepción de prescripción.

De acuerdo a lo que resulta del escrito inicial, la actora centra su demanda en el alegado proceder antijurídico del Nuevo Banco de Santa Fe con motivo de predicados cobros ilegales efectuados en materia de "Riesgo contingente" y "Exceso de Acuerdo", precisando su reclamo a (i) los casos donde el mismo día se rechaza el cheque o es cubierto en efectivo o mediante transferencia electrónica acreditada en el día y (ii) el eventual cobro paralelo de una comisión por Exceso de Acuerdo, solicitando que el reclamo se haga extensivo **a los últimos diez años anteriores a la promoción de la demanda**.

Sostuvo el Banco demandado que ello es improcedente por cuanto "El plazo de prescripción de cinco años es el que se aplica para reclamar el saldo deudor impago de la cuenta corriente bancaria y, consecuentemente, es el que debe también aplicarse para rectificar o revisar su saldo...".

Agregó que dicho plazo es el aplicado en el fallo "AVAN" citado por la parte actora.

La parte actora, al contestar el traslado de la excepción señala -entre otras consideraciones- que "...a los fines de establecer el plazo de prescripción, lo trascendental es el marco contractual que unió a las partes, y por ende, el plazo es el de 10 años...".

Y agregó "...que lo que determina el plazo de prescripción es el vínculo contractual en si y no uno de sus tantos efectos (ej: préstamo, depósito en cuenta corriente, etc.)..." -fs. 138 vta.-

Consideró además que de acuerdo con el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor, corresponde aplicar el plazo más favorable de la legislación que rige cada supuesto y que la postura de la demandada que pretende aplicar el plazo de cinco años previsto en el art.

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

790 del Código Comercial, "referido a las cuentas corrientes..." ha sido desvirtuada por la jurisprudencia que cita a favor del plazo que la actora considera aplicable -ver fs. 139 vta.-

Adelanto que no comparto la tesis de la actora.

Tal como he señalado al considerar el planteo de falta de legitimación activa y, en particular, la cuestión atinente a las personas jurídicas, la operatoria que motiva la demanda involucra al cobro que se dice ilegal de ciertas comisiones, por parte del Banco demandado.

El de cuenta corriente bancaria es un contrato normativo que tiene por función jurídica y económica establecer la disciplina de futuras relaciones derivadas del propio contrato y de otros contratos para someterlas a un mecanismo de compensación y pago (cfr. Barreira Delfino, Eduardo A. , La cuenta corriente bancaria, trabajo publicado en Tratado de Derecho Bancario, Tomo II, pág. 34, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011).

Del contrato de cuenta corriente bancaria emergen diversos servicios que presta el banco (vgr. de custodia, de caja, de pago de cheques, de crédito mediante "descubiertos") que justifican comisiones que los bancos podrán debitar en la cuenta, en el caso que el servicio se efectuara.

El origen de este pleito se relaciona, en todo caso, con comisiones e intereses que el Banco demandado estaría cobrando a sus cuentacorrentistas en forma ilegal según arguye la demandante.

Quiere decir entonces que el vínculo jurídico sustancial en el que debe encuadrarse la cuestión a los efectos de analizar el planteo de prescripción es el de la cuenta corriente bancaria y, en particular, en su necesaria revisión que implica indagar sobre la actuación del Banco en este régimen de comisiones e intereses.

Tal como ha sido señalado por el Banco demandado, el plazo de prescripción de cinco años es el que se aplica para reclamar el saldo deudor de la cuenta corriente bancaria, es el que debe aplicarse también para revisar o rectificar su saldo y es el plazo aplicado, asimismo, en el precedente "AVAN" citado por la parte actora.

Va de suyo entonces que para juzgar si la acción incoada por la asociación actora se encuentra total o parcialmente prescripta, cabe

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

utilizar la normativa ordinaria prevista en los códigos de fondo, con abstracción de las disposiciones que sobre el particular incluye la Ley de Defensa del Consumidor puesto que el vínculo contractual, en lo que refiere a la prescripción, se encuentra expresamente contemplado en la legislación común.

El art. 790, primer párrafo, del Código de Comercio prescribe lo siguiente: "...La acción para solicitar el arreglo de cuenta corriente, el pago del saldo judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de 5 años...".

La cuenta corriente bancaria se encuentra prevista y reglamentada en el capítulo II del título "De la cuenta corriente" del Cód. de Comercio.

Se ha señalado que el Código de Comercio regula a la cuenta corriente bancaria reconociéndolo como contrato autónomo y distinto de las relaciones jurídicas que le pueden servir de base o sustrato económico (cfr. Gómez Leo, Osvaldo R., Reflexiones en torno al contrato de cuenta corriente bancaria (conceptos, dichos, hechos y epílogo), La Ley 1990-A,1032.).

No obstante esa autonomía, la jurisprudencia ha señalado que la cuenta corriente bancaria constituye en el derecho positivo argentino una especie próxima a la cuenta corriente mercantil. Por lo que no existiendo en el Código de Comercio previsión concreta acerca del término de prescripción de las acciones emergentes de los saldos de cuenta corriente bancaria, resulta procedente la aplicación de las normas relativas a la cuenta corriente mercantil, para la cual el Código de Comercio: art. 190 establece el término de cinco años (cfr. CNCCom., Sala E, "Banco del Interior y Buenos Aires c/Schneider, M. s/ejecutivo" del 13/04/87; íd. Sala B, "Banco Itau Byuen Ayre S.A. C/ Carmelli, Ricardo Angel y otro s/ejecutivo" del 11/04/02).

Por otra parte, la doctrina ha señalado que si bien en principio resultan inaplicables a la cuenta corriente bancaria las normas reguladoras de la cuenta corriente mercantil, se considera que en virtud de la similitud existente entre ambos contratos, algunos aspectos del régimen de la cuenta corriente mercantil se aplican para la cuenta corriente bancaria, particularmente las normas de la cuenta corriente mercantil que refieren al régimen de aprobación e impugnación del saldo (art. 790 del

Poder Judicial de la Nación

Código de Comercio), el reembolso de gastos y comisiones (art. 778 Cód. de Com.) y la cláusula salvo encaje (art. 777 inc. 2º Cód. de Comercio) (cfr. Giraldi, Pedro Mario, Cuenta corriente bancaria y cheque, p.55, Astrea, Buenos Aires, 1973).

Aplicando este temperamento y con cita del art. 790 del Código de Comercio se sostiene que las acciones de rectificación y revisión de la cuenta corriente bancaria prescriben a los cinco años (cfr. Gotlieb, Verónica y Alonso, Daniel Fernando, Cuenta corriente bancaria en Código de Comercio Comentado y Anotado, obra colectiva dirigida por Rouillón, Adolfo A.N., coordinada por Alonso, Daniel F., Tomo II, pág. 327, La Ley 2005).

Contrariamente, la doctrina ha aportado soluciones disímiles para el caso de la prescripción del derecho para reclamar el cobro del saldo de la cuenta corriente bancaria. Por un lado, se postula para el caso la aplicación del art. 790 del Código de Comercio y se concluye en que el plazo de prescripción es de cinco años; mientras que otra línea interpretativa sostiene la aplicación del plazo de diez años atendiendo a la falta de un plazo de prescripción específicamente previsto para la ejecución del saldo deudor de la cuenta corriente bancaria, con base en lo dispuesto por el art. 846 del Cód. de Comercio.

Pero es del caso puntualizar que la situación aquí planteada no se asimila a este último supuesto -ejecución del saldo deudor en cuenta corriente- por lo que no resulta aplicable -a mi juicio- el criterio que esgrime la parte actora que conduce a la aplicación del plazo de prescripción de diez años.

Juzgo entonces que resulta de aplicación la prescripción de cinco años, por lo que se hará lugar al planteo que, sobre el particular, formula el Banco demandado.

Lo expuesto conduce a la revisión de lo actuado por el Banco demandado durante los últimos cinco años anteriores al inicio de la demanda por lo que las consecuencias de la sentencia a dictarse tendrán incidencia en ese lapso temporal.

(iii) Cuestión de fondo.

Peticiona la parte actora que se condene al Nuevo Banco de Santa Fe S.A. por su proceder que considera antijurídico en materia del llamado “riesgo contingente” y con relación a sus clientes de cuenta

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

corriente, cuando se compruebe que respecto de los mismos hubieron las siguientes conductas:

A) Haya requerido a sus cuenta-correntistas un cobro en tal concepto sea como único punto o en paralelo con otro denominado “Exceso de Acuerdo”, en oportunidad de sobregiros esto es, más de lo depositado en cuenta de fondos, pero que no obstante se cubrieron el mismo día, según describe en la demanda;

B) Cuando la proyección financiera de lo cobrado por tal concepto, aún si el descubierto prosiguió más de un día, y en mérito a los parámetros pertinentes -o sea, no abusivos- para una Tasa Efectiva Anual -TEA- excedan los límites razonables en la materia.

Requiere que la condena ordene que se devuelva a los afectados con más sus intereses, todo lo percibido de más por tales conceptos, cuando medió la aludida situación -cobertura en el día- durante los últimos diez años y/o para la hipótesis B, los abusos TEA que pudieron haberse dado sobre el particular.

(1) La intermediación habitual de recursos financieros es lo que tipifica la actividad bancaria y financiera y sirve para definirla legalmente.

A ello se adicionan ciertos caracteres de esta actividad como ser que integra un sistema ya que los bancos y demás entidades financieras "(...) constituyen un conjunto de unidades entrelazadas armónicamente cuya función general es la protección monopólica de la actividad intermediadora y creadora del crédito y prestación de servicios conexos" (cfr. Villegas, Carlos Gilberto "Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria", I, pág. 17, Depalma 1989).

Se pondera asimismo que la banca realiza operaciones masivas que se subsumen en una actividad profesional.

Todas estas características que se consideran esenciales e inherentes a su propia y particular naturaleza conducen a concluir que no hay bancos que no sean empresas; que no hay bancos que no realicen sino su actividad profesional y que no hay bancos que actúen aisladamente ni en forma individual.

Ahora bien, los bancos y entidades financieras que ejercen un monopolio de la creación y administración de medios de pago, de

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

dinero, no pueden realizar tan importante función desligada de un interés común y ajena a una finalidad también común.

Es por ello que se ha considerado que la banca es un servicio público y por ello es que el Estado, o bien ejecuta la actividad por sí reservándose su monopolio como en el caso de la banca estatizada o bien autoriza su realización por particulares, sujetándola a normas generales de cumplimiento obligatorio.

Las entidades financieras deben, como toda empresa y en un plano de competencia normal, obtener sus mayores utilidades mediante una eficaz política de costos, que les permita reducirlos al máximo posible.

Particularmente en punto a los gastos originados en los sectores operativos juega un rol importante la política de la entidad en cuanto a la prestación de los servicios.

De otro lado, el costo de obtención del dinero por la entidad se refleja en el costo financiero que está dado por el costo total de los fondos que capte la entidad, sea en cuentas corrientes, cajas de ahorro, a plazos fijos, etc.

El costo financiero determinará, junto con el costo operativo, el costo total de los fondos captados y los servicios brindados por la entidad. A partir de allí deberá determinar su política de tasas activas (préstamos) y el precio de los demás servicios que brinda al público (cfr. Villegas, Carlos Gilberto, op. cit. pág. 42).

Es dable señalar, además, que la diferencia entre la tasa pasiva (la que paga la entidad por depósitos) y la tasa activa (la que cobra por préstamos), denominada "spread", determina el mayor o menor grado de competitividad de la entidad en el mercado y debe ser cumplimentado por la diferencia de precios que perciba por todos los demás servicios que brinde al público.

La doctrina especializada puntualiza que los ingresos de los bancos y entidades financieras provienen básicamente de tres rubros principales: Los intereses; las comisiones y las ganancias por venta de títulos de crédito.

Centrando la atención en los dos primeros cabe apuntar que los intereses son el rubro principal. Ellos provienen de las

Poder Judicial de la Nación

operaciones de préstamos que la entidad efectúa a su clientela.

Particularmente, el monto de los intereses punitivos o moratorios deberá tener en cuenta la no disponibilidad de los fondos no pagados por el cliente.

De su lado, las comisiones son el precio por la prestación de ciertos servicios de la entidad al cliente.

La empresa bancaria conlleva en su cometido la asunción de riesgos y al igual que en el desarrollo de otras actividades persigue obtener el máximo rendimiento afrontando el menor riesgo posible.

Se dice que un banco, como actividad específica y natural, es un constante evaluador y tomador de riesgos. Tan es así que el riesgo es un elemento inherente a la casi mayoría absoluta de las decisiones que constantemente deben tomarse.

Se ha señalado que "La clásica descripción de los bancos como comerciantes en deudas se aproxima bastante a la idea de la especialidad, agravada por la operatoria, basada en la utilización de recursos de terceros con vencimientos ineludibles...y con responsabilidad social ante la comunidad y el Estado..." (cfr. Derecho Bancario y Financiero Moderno, Obra colectiva dirigida por Gerscovich, Carlos Gustavo, pág. 56).

En ese marco y apuntando específicamente al riesgo crediticio se dice que consiste en la posibilidad de que los créditos otorgados no sean cancelados en el tiempo y la forma convenidos. Y que es posiblemente el riesgo más manifiesto de la actividad, que debe afrontarse en forma constante como elementos sustancial de la misma y que será condicionante de la rentabilidad y de la evaluación de lo que deberá ser el principal activo: la cartera de préstamos (cfr. Derecho Bancario y Financiero Moderno cit. pág. 58).

(2) En lo que hace a los contratos en general bueno es traer a colación por su vinculación con la temática aquí analizada, las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil -realizadas en Buenos Aires en noviembre de 1997- en las que la Comisión 3ra. dedicada a la Autonomía de la Voluntad y su problemática Actual estableció de lege lata y por mayoría, entre otras conclusiones, que a) La autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos

Poder Judicial de la Nación

alcanzando los actos jurídicos; b) el principio de igualdad, también de base constitucional, sirve de fundamento para establecer una base protectora de la parte débil.

La ponderación de los principios mencionados anteriormente debe realizarse con las siguientes bases.

Contrariamente a lo que sucede en los contratos paritarios o discrecionales en los que impera la plena autonomía privada (art. 1197 del Código Civil), con las limitaciones clásicas; en los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestos o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida, además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio (cfr. Derecho Bancario y Financiero moderno cit., pág. 104).

Como todos sabemos, rige en nuestro país la Ley 24.440 cuyo texto, en lo pertinente, fue modificado por la Ley 26.361.

Vinculado con la cuestión aquí analizada bueno es traer a colación que en un pronunciamiento judicial se puso en duda sobre si el usuario es informado, conforme a los arts. 36, 37, 38 y ccdtes. de la mencionada Ley sobre “(...) qué debe pagar, en qué condiciones, sobre si conoce la tasa activa vigente aplicable para los restantes períodos, qué significa el 50 % de lo que corresponda al redescuento que otorga el B.C.R.A., qué significa en concepto de interés punitivo el 50 % del compensatorio...”. También se preguntaba sobre si “(...) ¿Ha existido consentimiento del usuario o en realidad es el resultado de una imposición de predisponente?; y concluía afirmando que “(...) la autonomía privada que en otra época justificaba el origen de las relaciones contractuales y eximía de las indagaciones sobre la justicia de su contenido, encuentra como límite en el derecho del consumo un nuevo marco de imperatividad conocido como orden público económico de protección” (cfr. CCiv. Y Com. Mar del Plata, en pleno, 18/4/95 “Banco Quilmes c.Ojea, María y otra”, citado en cfr. Derecho Bancario y Financiero moderno cit., pág. 110).

(3) Efectuadas las anteriores consideraciones corresponde avanzar sobre la normativa emanada del Banco Central de la República Argentina.

En lo que respecta a las tasas de interés en las operaciones de crédito la OPRAC – 1 (Comunicación A 3052 del B.C.R.A., texto ordenado al 22.06.07) dispone, en lo pertinente y como criterio básico que

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

“Las tasas de interés compensatorio se concertarán libremente entre las entidades financieras y los clientes...

(...)

"Los contratos de préstamo a tasa de interés fija no podrán contener cláusulas que prevean su modificación en determinadas circunstancias, excepto que provengan de decisiones adoptadas por autoridad competente.

“Los contratos de préstamo a tasa de interés variable deberán especificar claramente los parámetros que se emplearán para su determinación y periodicidad de cambio”.

Y en cuanto a la Base de liquidación dispone **“Los intereses solo pueden liquidarse sobre los saldos de capitales efectivamente prestados y por los tiempos en que hayan estado a disposición del cliente”.** (punto 1.1 a 1.3).

Con relación a los intereses punitivos establece que “Las condiciones de su aplicación deberán ser pactadas en términos claros y precisos en los correspondientes contratos” y que “No podrán aplicarse intereses punitivos en operaciones de adelantos transitorios en cuenta corriente (puntos 1.6.1 y 1.6.3).

En lo concerniente a comisiones u otros cargos adicionales a los intereses, la normativa dispone que “Su aplicación queda circunscripta en las condiciones que contractualmente convengan con los clientes, a los servicios que las entidades presten con o sin riesgo crediticio contingente y sobre los importes no utilizados de los acuerdos de asignación de fondos.

“En caso de operaciones en mora, su percepción resulta posible en la medida en que se trate del reembolso de erogaciones y efectivamente realizadas por las entidades para la protección o recuperación de sus créditos (gastos de protesto, judiciales, de constitución de garantías u otros de índole similar)”.

Finalmente, en lo tocante a prohibición dispone **“No se admite su aplicación en operaciones de crédito respecto de los importes efectivamente desembolsados, es decir que incrementen directa o indirectamente las sumas devengadas por intereses compensatorios o punitivos”**(puntos 1.7.1 y 1.7.2).

Poder Judicial de la Nación

Ahora bien, la exégesis de la normativa citada ilustra acerca de los límites y razonabilidad que tanto en lo que respecta a los intereses como en lo concerniente a las comisiones impone la reglamentación en cuestión.

Esa limitación no es más que un reflejo de los principios del ordenamiento jurídico positivo de fondo que condena proceder abusivos o alejados de la moral y buenas costumbres (arg. Código Civil: arts. 953, 1071 y ccdtes.).

Sobre la base de tales parámetros a los que se unen las consideraciones efectuadas en los apartados 1) y 2) anteriores, existe consenso en doctrina en el sentido que si bien en todos los casos en que el banco realice un servicio solicitado por el cliente, tiene derecho a cobrar una comisión por el mismo, conforme a la normativa del BCRA, para percibir una comisión, debe resultar de la **efectiva contraprestación de un servicio**. -el resaltado es propio-.

Se ha puntualizado que las solicitudes de apertura de cuenta corriente incluyen una serie de comisiones que los bancos podrán debitar de la cuenta, en el hipotético caso en que el servicio se efectuara.

En algunos casos, se detallan los conceptos por los cuales se efectuará un débito; en otros casos, no. Es decir, se advierte, más que se pacta, que, de efectuarse un servicio que el banco considera tal, el cuentacorrentista autoriza al banco a debitar en su cuenta corriente el importe que corresponda.

En la práctica se debitan todo tipo de comisiones y gastos. Muchas veces son verdaderas contraprestaciones que ameritan cobrar una comisión y se debe extender el correspondiente comprobante, pero muchas otras no lo son.

(...) En síntesis, el débito directo en la cuenta es una realidad en el mercado bancario. Para ello debe explicarse la causa fuente del débito y el costo del mismo. Desde este ángulo, no habrá reparos jurídicos. Lo que sí es criticable, es la imposición de débitos indefinidos y no autorizados que quedan librados a la absoluta discrecionalidad del banco.

Tal práctica puede lindar con la ilegalidad. No resulta defendible que se efectúe en débito en una cuenta corriente porque el

Poder Judicial de la Nación

banco entiende que así debe hacerlo o porque decidió debitar a todos los clientes cierto rubro, sin pactar si es válido o no y sin esperar aceptación.

No es aconsejable el hecho de que se incluya vagamente en la solicitud de apertura de cuenta una cláusula que autorice cualquier débito futuro por cualquier motivo que de manera inconsulta el banco decida debitar. Estaríamos ante una práctica generadora de potenciales conflictos (cfr. Barreira Delfino, "La cuenta corriente bancaria" en Tratado de Derecho Bancario Tomo II, obra colectiva dirigida por Kabas de Martorell, María E., págs. 44 y sgtes., Rubinzal-Culzoni Editores, 2011).

A esta altura del relato debo concluir que la patología descripta anteriormente se ha podido corroborar, en parte, en estos actuados. Adelanto que esta conclusión conduce a la admisión parcial de la demanda.

(4) Debo alertar en primer lugar sobre la escasez de medios probatorios producidos en autos, situación que no cabe enrostrar enteramente a la parte actora sino, ante bien, a la parte demandada en sentido preponderante por tratarse, la cuestión aquí debatida, de operatoria de carácter técnico sobre la cual el Banco demandado se encuentra en mejor situación para clarificarla.

Sirva como ejemplo la inexplicable omisión de convocar como testigo a la persona que, como responsable del área comercial de la demandada en la época de los hechos, habría tenido ingerencia, en comunicación con el cliente, para asignarle o no un Acuerdo en Cuenta Corriente Contingente, "debiendo identificar en el formulario respectivo -F 168- una de las cinco causales previstas en el punto 5.5. del Manual al que hizo mención en la constatación de la demanda.

En ese escenario, sólo se cuenta con la declaración testimonial a fs. 269/270 del Sr. Ricardo Jorge Cicerchia, quien según manifestó se desempeñó como gerente de la Sucursal Buenos Aires del Nuevo Banco de Santa Fe S.A., hasta el año 2004.

Al contestar la pregunta N° 4 señaló que la comisión por exceso de acuerdo se cobra cuando el cliente "se excede del acuerdo autorizado".

Al ser interrogado sobre cuando en la cuenta de un cliente existen valores a conformar, si además de las comisiones se le cobra un

Poder Judicial de la Nación

interés y, en su caso, a cuanto asciende, respondió: "Todo depende del plazo de acreditación de los valores según la Cámara. Se le cobra el interés de un descubierto después el banco tendrá la potestad de cobrar los intereses que se hayan pactado en el contrato en cuestión".

Repreguntado el testigo por la actora -pregunta N° 15- sobre si podía el banco, en forma simultánea, cobrar el interés y la comisión por riesgo contingente, el deponente señaló: "si, dependiendo de las condiciones del contrato".

Con la declaración del testigo se ha corroborado, con el grado de convicción derivado del código procesal: art. 386, que el Banco demandado percibe, juntamente con la comisión por riesgo contingente y/o valores a conformar, una tasa de interés por decubierto, situación que genera una doble imposición por un mismo concepto que transgrede la normativa reglamentaria citada, específicamente, el punto 1.7.2 de la Comunicación A 3052 del B.C.R.A., texto ordenado al 22.06.07).

Accionar este reprochable tanto más cuando en el caso de riesgo contingente saldado por el cliente en el mismo día del descubierto -hipótesis planteada por la parte actora- el Banco demandado no ha probado actividad adicional ajena a la operatoria por la cual remuneró sus servicios; esto es, actividad adicional subsumible en la prestación de un servicio genuino.

Cabe destacar sobre esto último que en nuestro régimen financiero las comisiones están autorizadas cuando constituyen la prestación de un servicio, distinto de la transferencia de fondos al cliente (Villegas, Carlos Gilberto, op. cit., pág. 609), condición que permite extender su fundamento a todo cargo que pretenda percibir el Banco por servicios que alegue remunerados.

El hecho comprobado se subsume en una de las conductas reprochadas en la demanda porque, de acuerdo a lo que señala la Asociación actora, esa doble percepción multiplicada por la cantidad de clientes del Banco demandado, genera un lucro indebido que se traduce en miles de pesos.

Por lo demás es dable puntualizar que de acuerdo con la tésis de la normativa reglamentaria supra citada, el interés es legítimo sólo si retribuye un capital prestado, condición que en los casos mencionados por el testigo, no se verifica.

Poder Judicial de la Nación

La pericia contable aporta pocos elementos conducentes, aunque es del caso puntualizar que de las muestras tomadas por la experta, cuatro de ellas lo han sido sobre cuentas corrientes pertenecientes a sociedades comerciales respecto de las cuales he dispuesto su exclusión según señalo en el apartado II (i) b).

De todos modos, la perito contadora informa que "Las comisiones sobre acuerdos contingentes no son un cargo fijo sino que es de aplicación un porcentual del monto total del acuerdo".

Y de acuerdo a lo que señala al responder al punto de pericia N° 3 -fs. 202- la demandada percibe una comisión denominada "comisión sobre acuerdos contingentes", análoga a la comisión que la Asociación actora reprochó en el escrito de demanda.

Al margen de las comisiones a las que refiere la perito con relación a las sociedades comerciales, es del caso puntualizar que al menos incluyó el caso de una persona física del que se desprende que el Banco demandado percibió una comisión de \$ 30 en concepto de comisión por acuerdo contingente.

Cierto es que en el mismo punto pericial -N° 3, fs. 202-, la perito no se expidió respecto a la proyección de la tasa "por ser una comisión aplicable por única vez sobre el monto del acuerdo, independientemente del monto y tiempo utilizado no resulta posible financieramente efectuar la proyección de la tasa básicamente porque la unidad de tiempo no está definida dado que es variable".

La parte actora impugnó el informe pericial contable, particularmente con relación a la alegada imposibilidad de efectuar la proyección requerida -fs. 209-.

Y la perito contestó la impugnación -fs. 214- sin aportar mayores precisiones que permitan formar convicción sobre el dato requerido por la actora o sobre la alegada imposibilidad de calcular aquella proyección, según adujo la experta.

Es claro entonces que ha quedado sin respuesta concreta un requerimiento que se vinculaba con la solicitud plasmada en el punto B del objeto de la demanda, lo que conduce a descartar la prodencia de la pretensión esgrimida en la demanda vinculada con el punto mencionado.

En cuanto a lo demás, cabe señalar que la mentada

Poder Judicial de la Nación

imposibilidad no enerva la conclusión que cabe extraer del resto de la prueba producida relacionada con uno de los reproches de la parte actora, esto es, la improcedente duplicidad de cargos que percibe la demandada.

Es que si el Banco cobró un interés por los días en que existió saldo deudor, mal puede cobrar una comisión cuando, precisamente, la entidad percibe un interés que cubre el riesgo que asume.

Por lo demás, bueno es reiterar que en el régimen financiero vigente, las comisiones están autorizadas cuando constituyen la prestación genuina de un servicio, por lo que los cargos y comisiones deben representar un costo real, directo y demostrable y tener justificación técnica y económica, condiciones que el Banco demandado no ha demostrado verificarse en el caso que aquí se discute.

En definitiva, la aplicación de cargos y comisiones debe tener como contrapartida la real prestación de un servicio por parte de la entidad, requisito este que no aparece verificado de la prueba producida y que el Banco demandado, en mejores condiciones para hacerlo, no lo ha hecho.

Finalmente, es dable destacar que el Banco no puede escudarse en la alegada autonomía de la voluntad, señalando que "Las operaciones financieras concertadas por los clientes del Nuevo Banco de Santa Fe han sido concertadas dentro del régimen de autonomía de la voluntad y en condiciones de libertad y pleno discernimiento de los contratantes" -fs. 130 vta.-

Ello así pues al expedirme de la forma en que lo he hecho en el apartado (iii) (2), puse de resalto la insuficiencia de este principio cuando se trata, como en el caso, del ámbito de los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestos o en los contratos de consumo donde la autonomía privada se encuentra sometida, además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio.

Por lo demás, para hablar de la plena vigencia de la autonomía de la voluntad tenemos que partir del cumplimiento de un deber primordial del proveedor del servicio -en el caso. financiero- cual es el de informar. Y en aquél apartado formulé disquisiciones que dejan en duda sobre si ese deber, conforme es exigido por la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor, es adecuadamente cumplido por la entidad bancaria de que se trate. Máxime ponderando que la información adecuada debe brindarse primordialmente en la etapa precontractual y su

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

exigencia se mantiene durante la etapa de ejecución del contrato y aún, posteriormente.

En el caso puntual de autos, quedó evidenciado que la parte demandada infringe el deber de información.

En efecto, al contestar el punto de pericia N° 4, lam perito señaló: Durante las compulsas realizadas se toma coocimiento que no se comunica previamente al cuenta correntista sobre la mecánica de generación (o manera de calcular los recargos) de los montos cobrados por riesgo contingente y/o exceso de acuerdo de sobregiro. El cuenta correntista tuvo conocimiento a través de los movimientos registrados por el banco en su cuenta, contando con un plazo de sesenta días corridos para formular en su caso los reclamos pertinentes".

De lo que se evidencia que el Banco demandado incumple ese deber de informar precisamente en la etapa en la que es más necesario cumplimentarlo porque es el momento en el que el cliente consumidor debe tener real conocimiento de los alcances y onerosidad de los servicios y operatoria que ha de concertar con la entidad financiera.

Fluye de lo expuesto la procedencia parcial de la demanda con relación al punto A del objeto de la demanda con el efecto de que se condenará al Nuevo Banco de Santa Fe S.A., en los siguientes términos.

(5) (a) Será condenado el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. con relación al denominado **“Riesgo contingente”** -o denominación equivalente que utilice y para los casos en que a sus cuenta - correntistas **hubiere efectuado un cobro en tal concepto** sea como único punto o en paralelo con otro denominado “Exceso de Acuerdo”, en oportunidad de sobregiros, es decir, más de lo depositado en cuenta de fondos, pero que no obstante se cubrieron el mismo día según describe en la demanda, a que **devuelva a esos afectados**, con más sus intereses, todo lo percibido de más por tales conceptos, cuando medió la aludida situación –cobertura en el día durante los últimos cinco años. **Se excluye de estos efectos a las sociedades comerciales.**

(b) Y ordenando que tal proceder cese en el futuro, disponiéndose que se reformulen los cálculos respectivos de intereses y/o metodología de tratamiento para los casos de “riesgo contingente”.

(c) Deberá publicarse mediante avisos en lugares de acceso público del Banco la parte dispositiva de este pronunciamiento,

**EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL
PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A.
S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

haciéndose saber que para aquellos clientes que no deseen que los afecte la cosa juzgada de este pronunciamiento deberá ponerlo en conocimiento de este tribunal, dentro del plazo de veinte días de la fecha de quedar firme la presente. Concomitantemente **deberá correrse vista al Ministerio Público Fiscal a los efectos que pudieren corresponder.**

(d) Y para los clientes no localizables físicamente, por la antigüedad del vínculo o por otras razones mencionadas por la Asociación actora en la demanda, deberá ser anoticiados de lo aquí dispuesto a través de edictos que se publicarán por dos días en el Boletín Oficial y por medio de una publicación en un diario de amplia circulación en el lugar, por idéntico plazo.

(e) Se desestima la petición de que se coloquen los fondos respectivos en una cuenta a la orden del juzgado habida cuenta que el Banco deberá tener a disposición de los clientes afectados los fondos pertinentes para que a medida que esas personas se enteren puedan desenvolver los trámites del caso a fin de cobrar aquello que les corresponda.

(g) En la etapa de ejecución de sentencia, deberá la perito contadora informar sobre el cumplimiento de lo aquí ordenado acompañando, en su caso, el listado de los clientes del Banco afectados.

(h) Se fija un plazo de **VEINTE DIAS** a partir de la fecha en que se encuentre firma la presente sentencia para el cumplimiento de las medidas aquí ordenadas, incluso para el devolución de los importes involucrados, bajo apercimiento de imponerle al Banco demandado una sanción pecuniaria de \$ 100 por cada día de retardo.

(i) Teniendo en cuenta la existencia de vencimientos mutuos y habida cuenta la forma como prospera la demanda, las costas del proceso se distribuyen en el orden causado.

III. Por todo lo expuesto **FALLO:** a) Desestimando la excepción de falta de legitimación activa planteada por la demandada con excepción de lo relativo a las personas jurídicas que, con relación a las mismas, **deberán excluirse a las sociedades comerciales de los efectos de esta sentencia.** b) Haciendo lugar al planteo de prescripción opuesto por la parte demandada, conforme a lo señalado en los considerandos. c) haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por **CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL PARA SU DEFENSA** contra **NUVO BANCO DE SANTA FE S.A.** y, en **EXPEDIENTE: CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL PARA SU DEFENSA CONTRA NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A. S.ORDINARIO-EXPTE. 052699**

Poder Judicial de la Nación

consecuencia, ordenando la devolución a los clientes afectados con relación al denominado **“Riesgo contingente”** -o denominación equivalente que utilice y para los casos en que a sus cuenta - correntistas **hubiere efectuado un cobro en tal concepto** sea como único punto o en paralelo con otro denominado **“Exceso de Acuerdo”**, en oportunidad de sobregiros, es decir, más de lo depositado en cuenta de fondos, pero que no obstante se cubrieron el mismo día según describe en la demanda, a que **devuelva a esos afectados**, con más sus intereses, todo lo percibido de más por tales conceptos, cuando medió la aludida situación –cobertura en el día durante los últimos cinco años. Todo ello, en el plazo y bajo el apercimiento señalado en los considerandos. d) Ordenando el cumplimiento de las demás medidas ordenadas en el apartado (5) de los considerandos. e) Distribuyendo las costas del proceso en el orden causado.

Notifíquese por Secretaría; regístrese y, oportunamente, archívese.

HORACIO F. ROBLEDO
JUEZ