



238601420015745255



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
PODER JUDICIAL

**MERELES EVA NATALIA C/  
HSBC BANK ARGENTINA S.A  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS  
CAUSA Nº 4806/1  
R.S.D. Nº: 185 /19  
FOLIO Nº 1584  
Juzgado Civil y Comercial Nº 4**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 19 días del mes de septiembre de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Matanza para dictar pronunciamiento en los autos caratulados "**MERELES EVA NATALIA C/ HSBC BANK ARGENTINA S.A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**", Causa Nº 4806/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **Dr. Posca- Dr. Perez Catella- Dr. Taraborrelli** ; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

- 1º) ¿Corresponde declarar desierto el recurso de apelación articulado por la parte actora?
- 2º) ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?
- 3º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

### **V O T A C I O N**



**A LA PRIMER CUESTION PLANTEADA EL Dr. RAMON DOMINGO**  
**POSCA dijo:**

**I.- Los antecedentes del caso.**

A fs. 333/338 el señor juez de grado dicta sentencia desestimando la demanda promovida por Eva Natalia Mereles contra HSBC Bank Argentina S.A. Impone las costas a la parte actora en su calidad de vencida en la contienda y regula los honorarios de los letrados intervinientes.

A fs. 370 apela la sentencia la parte actora. A fs. 371 se concede libremente el recurso interpuesto. A fs. 384 se radican las actuaciones por ante esta Sala Primera. A fs. 385 se llama a expresar agravios.

A fs. 388/398 expresa agravios la parte actora.

A fs. 401 se corre traslado de la expresión de agravios. A fs.402/407 la parte demandada contesta el traslado conferido.

A fs. 409 se corre vista a la Fiscalía de Cámara Dptal. la que fuera evacuada a fs. 411/414. A fs. 417 se llaman Autos para Sentencia. A fs. 418 se practica por Secretaría el sorteo correspondiente para el estudio y votación de la presente causa.

A fs. 419 se suspende el plazo para el dictado de la sentencia, resolviéndose a fs. 428 la realización de una nueva pericia contable en el marco de una medida para mejor proveer.

Practicada la misma (ver dictamen pericial electrónico del 06/12/18), a fs. 470 se corre traslado a todas las partes intervinientes en el proceso.

A fs. 475 pto. 2°) se intima a la perito designada a dar cumplimiento con la medida de fs. 428/vta. en relación a los puntos periciales oportunamente solicitados por las partes, manda cumplimentada con la presentación electrónica del 9/04/19. Corrido el pertinente traslado a fs. 491, a fs. 29/4/19 la demandada solicita explicaciones, las que han sido evacuadas por la experta con el escrito electrónico del 3/6/19.



Consecuentemente, se corre traslado de dicha presentación, mereciendo réplica por la demandada con el escrito electrónico del 25/6/19, teniéndose presente lo manifestado para el momento del dictado de la sentencia.

Por último, a fs. 497 se reanuda el plazo para el dictado de la sentencia.

### **II.1- Los agravios expresados por la parte actora.**

En primer lugar se agravia por la valoración de la prueba que realiza el Sr. Juez de grado. Entiende que, para rechazar la demanda, el Juez basó su fundamentación solamente en la prueba pericial contable que fuera observado por su parte oportunamente. Agrega que la experta a cargo de la pericia no individualiza a la persona que la atiende, ni refiere sus datos personales, función o calidad en la que da respuesta a la consulta como es su obligación para dar convicción cierta al Juez que la misma emana de persona idónea. Indica que la pericia no se realizó en el domicilio denunciado por la demandada. Continúa relatando que el dictamen pericial se basó sobre lo informado verbalmente a la perito por quien la atendió en nombre de la demandada y por el resumen de cuentas entregado por ellos mismos al perito. Entiende que el Sr. Juez de grado no valoró que la documentación a cotejar por un perito contador, debe ser sobre documentación original que avale la autenticidad de los movimientos bancarios.

Se agravia por el dictamen del perito que afirma que "la actora no tenía acuerdo para girar en descubierto", entendiendo que Sr. Juez de grado debió merituar que no fue derivación de una experticia, sino de un informe verbal dado por quién atendió a la experta. Respecto al acuerdo para girar en descubierto, entiende que la sentencia en crisis no refleja que hay un ítem en el que se lee "cálculo de intereses por descubierto" que el mismo Banco acompañó en su contestación de demanda. Agrega que en dicho punto, el Sr. Juez de grado omitió analizar integralmente con las pruebas



aportadas por la actora, y también valorar la respuesta del intercambio telegráfico remitida por el Banco a la actora que avalan que contaba con autorización para girar en descubierto. Asimismo, agravia a su parte que el Sr. Juez de grado haya interpretado que el cubrir cheques por sobregiro constituye una actitud que se emplea como "cortesía".

En segundo lugar, afirma que no se ha evaluado razonadamente la composición del saldo. Entiende que la sentencia en crisis no se ha apartado del informe de la perito en lo que respecta al saldo de la cuenta y ha incurrido en arbitrariedad al afirmar que el cheque que fue presentado al cobro, no registraba fondos suficientes para cubrir los mismos. Agrega que el Sr. Juez de grado no ha valorado que el banco no aportó a la Perito los extractos diarios ni el legajo de la cuenta corriente, ni constancia de asientos contables, ni carpeta de cartas que obligatoriamente debe cursar la entidad cuando se rechaza cheques, como fuera solicitado como prueba pericial por su parte. Agrega que no hubo causa para proceder al rechazo de los cheques, ya que no hay registro contable en la documentación aportada por la demandada que contabilicen su rechazo ni la insuficiencia de fondos. Afirma que, ante tan débil experticia, el Sr. Juez de grado debió equilibrar lo aportado por la actora para un justo razonamiento.

En tercer lugar, agravia a su parte que el sentenciante haya resuelto que no se puede decidir el presente caso a través del prisma de ley de defensa del consumidor por el carácter del comerciante de la actora. Entiende que si la causa principal es el préstamo prendario como alega la demandada, el Sr. Juez de grado debió darle el marco jurídico de aplicar la normativa protectoria que como consumidora merece. Por ello, se debió aplicar la Ley de Defensa del Consumidor.

Finalmente, solicita se revoque la sentencia recurrida y se haga lugar a la demanda con costas.

## **II. 2 El traslado contestado por la demandada.**



En primer lugar, solicita se declare desierta la expresión de agravios de la parte actora. Entiende que no cumple con los requisitos establecidos por el art. 265 del CP.

En cuanto al agravio sobre la valoración de la prueba realizada por el Sr. Juez de grado, argumenta que la actora pone en duda determinadas cuestiones que no hacen al fondo de la cuestión ya que jamás fueron objeto de debate en autos. Agrega la Sra. Mereles no se ha expedido en el momento oportuno acerca de la impugnación que realizó a la pericia contable, quedando así firme el plazo que tenía para hacerlo. Entiende que la afirmación por parte de la actora que sostiene que el perito contador no habría individualizado a la persona de HSBC que lo habría atendido en su visita, no constituye agravio suficiente que sea susceptible de revertir la sentencia de grado. Asimismo, agrega que su mandante le ha exhibido a la experta la totalidad de la documentación requerida por la actora, respondiendo la perito acabadamente con lo allí solicitado, por lo que las manifestaciones efectuadas por la actora al respecto, carecen de sustento alguno. Aduna que la perito contadora se ha basado en la documentación presentada por su mandante, de manera tal que no se trató de un informe verbal como lo afirmara la actora. Entiende que el Sr. Juez de grado ha meritado la totalidad de la prueba producida en autos, resultando inciertos los dichos de la actora afirmando lo contrario.

En cuanto al agravio sobre la composición del saldo, entiende que el sentenciante no incurre en la supuesta arbitrariedad referida por la actora, ya que ha fallado de acuerdo a las circunstancias que fueron probadas en autos. Afirma que su parte ha puesto a disposición de la perito contadora la totalidad de la documentación que obraba en su poder, a los efectos de que la misma pudiera realizar la pericia encomendada.

En cuanto al agravio que afirma que el Sr. Juez de grado no se acogió a la ley de defensa del consumidor. Indica que en su escrito de apelación, la actora ha reconocido que se dedicó al comercio, por lo que la Ley 24.240 no puede prosperar en el caso de autos. Agrega que el presente reclamo no



trata sobre el crédito prendario que habría adquirido la actora, sino sobre la cuenta corriente de la misma y los tres cheques que fueran rechazados, producto y título de crédito que el accionante utilizaba para fines comerciales. Es por eso, que entiende que resulta acertado el fallo del sentenciante al indicar que la ley consumeril no podrá ser aplicado para el caso de autos.

Finalmente, solicita se rechace el recurso de apelación interpuesto por la actora, con costas.

### **III. La solución**

#### **III. 1 Cuestión preliminar.**

La parte demandada en su contestación de agravios entiende que el escrito de la apelante no cumple con lo normado en el art. 260 del ritual.

En primer lugar, corresponde poner de resalto que *"Los escritos donde se fundan o motiva un recurso deben contener una crítica razonada, objetiva, precisa y seria de los errores que se atribuyen al fallo de primer grado, denunciando en que consisten ellos punto por punto; debiendo la idoneidad de la crítica autoabastecerse en el propio escrito de agravios sin que pueda suplirse con remisión a motivos o argumentos explicitados en otros escritos".*(CC0102 MP 70371 RSI-348-88 I 14-6-1988 "Club Privado Edad Madura c/ Mauriño de Serna, Nidia E. s/ Rescisión de contrato y repetición de lo pagado"; CC0102 MP 94573 RSI-495-95 I 15-6-1995; "A., E. c/ V., M. A. s/ Alimentos"; CC0102 MP 95524 RSI-14-96 I 2-2-1996, "Textil Tucumán S.R.L. c/ Funes, Amalia Susana y otro s/ Ejecución"; CC0102 MP 100439 RSI-259-97 I 15-4-1997 "Galli, Gabriela y otra c/ Iñurrieta, Marcelo y otro s/ Homologación"; CC0102 MP 107143 RSI-1150-98 I 29-12-1998 "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Gran Bristol S.A. s/ Apremio" JUBA B1400445)

A mayor abundamiento, es dable considerar que *"la expresión de agravios es la demanda de segunda instancia, es el escrito clave que delimita la pretensión del apelante y la potestad decisoria del tribunal de*



*alzada*". (Luis A. Rodríguez Saiach, "Teoría de la Práctica de las Nulidades y Recursos Procesales", Tomo 2 "Recursos Procesales", Editorial Gowa, Año 2000, Pág. 300).

Así las cosas, se requiere que la misma se trate de una crítica puntual y no genérica, seria y objetiva, en la cuál conste el error de razonamiento en el que ha incurrido el señor juez de primera instancia.

No obstante lo expresado, esta Excelentísima Sala I se ha expedido, en innumerables fallos, a favor de la doctrina del agravio mínimo, en virtud de la cual, y a los fines de no recaer en un excesivo rigor formal, se aplica un criterio restrictivo en cuanto a la declaración de la insuficiencia en la fundamentación, todo ello teniendo en consideración la consecuencia fatídica que atraería aparejada la adopción de un criterio más abarcativo.

En este orden de ideas ya he expresado: "El agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa, es decir el recurso debe bastarse a sí mismo. (SCBA, Ac. Y Sent., 1962. v. II, p. 739, V.I, p. 359 cit. Por Morello-Sosa-Berizonce: "Códigos... t. III, pág. 338, Librería Editora Platense-Abeledo-Perrot, Bs. As, 1998). Sin Perjuicio de ello, lo cierto es que las exigencias prescriptas deben apreciarse con criterio restrictivo, atento que la ausencia de tales recaudos importa la inadmisibilidad de la segunda instancia. Fenochietto al analizar la deserción del recurso, expresa que mediando dudas, es decir si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. La jurisprudencia ha decidido que debe primar un criterio de amplia tolerancia para evaluar la suficiencia de la expresión de agravios, con la finalidad de amparar la garantía de defensa en juicio y en consideración a ello se expresó que si la apelación cumple en cierta medida con las exigencias del ritual, puede estimarse que la carga procesal de fundar los agravios se cumple con el mínimo de técnica exigida en materia recursiva (Fenochietto, op. Cit., pág. 102). Este criterio ya ha sido adoptado por esta Sala en la causa "Combustibles Vázquez Hermanos S.R.L c/ Municipalidad de La Matanza s/ Amparo", R.S.I. n° 4, sentencia de fecha 23 de mayo de



2000.” (mi voto en causa “Colatrella c/ Dirección Gral. De Cultura y Educación s/ amparo”. Causa N° 24/1, RSI 12/00 sentencia de fecha 12 de julio de 2000).

Es por ello que en virtud del criterio del mínimo agravio y pasando el recurso por el tamiz de la admisibilidad, el mismo ha de ser analizado.

Por ello y los fundamentos precedentemente expuestos, a la primera cuestión **VOTO POR LA NEGATIVA**

Por idénticas consideraciones **A LA PRIMERA CUESTIÓN** los Dres. Perez Catella y Taraborrelli adhieren al voto preopinante, **VOTANDO POR LA NEGATIVA.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMÓN DOMINGO POSCA, dijo:**

### **III.1 La arbitrariedad de la sentencia**

Vale recordar que no constituye absurdo cualquier error, ni siquiera la apreciación opinable que aparezca como discutible u objetable, pues se requiere algo más, el vicio lógico del razonamiento o la grosera desinterpretación material de alguna prueba (Conf. Ac. 60.435, sent. de 17-VI-1997; Ac. 82.487, sent. de 18-XI-2003; Ac. 87.026, sent. de 16-VI-2004; Ac. 89.701, sent. de 8-VI-2005). (“Zurita, Leonardo Ezequiel Y Otro/A C/ Almafuerce Empresa De Transporte Saciei y Otro/a s/ Daños y Perjuicios”, Causa N°:2165/1, RSD: 151/11, Sentencia del 1 de Noviembre del 2011, voto del suscripto).

La parte actora se agravia por las conclusiones de la sentencia apela. Sin embargo, y sin perjuicio de adelantar opinión respecto de la procedencia del recurso, la decisión a la que arriba el colega del fuero, luego de examinar las pruebas incorporadas al proceso y circunstancias que rodearon el hecho, no evidencia error palmario y fundamental en la





apreciación de la prueba, que lo condujera a conclusiones incongruentes o contradictorias con las constancias de la causa que puedan configurar absurdo o arbitrariedad

No se esgrime ni el absurdo en la apreciación de la prueba o la arbitrariedad en la decisión de grado. Propongo rechazar el agravio expresado al respecto.

### **III. 2 La aplicación de la ley de defensa del consumidor al caso concreto. Los contratos de adhesión.**

En primer lugar, deviene firme a esta Alzada el encuadre jurídico-temporal efectuado en la sentencia apelada. Al respecto, el colega de la liminar instancia ha señalado: *“En atención a que, a la fecha de la presente sentencia definitiva se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial, dable es aclarar que en virtud de lo normado por el artículo 7 del mencionado digesto y la fecha de la relación jurídica habida entre las partes que diera lugar al reclamo impetrado en el expediente en estudio, corresponde aplicar, en este caso, a los fines de su resolución el derecho y doctrina emanada de los códigos velezanos (Cfr. ley 340 y sus modificatorias y código de comercio); (En este sentido, Kemelmajer de Carlucci, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.; Lorenzetti, R. L., en “Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado” T. I, p. 47 y sgtes, Ed.Rubinzal Culzoni; “Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado” Tit. Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423; CC.Morón -Sala II-, en autos “ Herederos de F. K. E. y otros c/ Municipalidad de Merlo y otros s/daños y perjuicios”, 15-9-15, causa C4-71223 R.S.158 /2015, CCLZ -Sala I-, en autos “ Vivero Francisco Javier c/Inda Moisés, Francisco David s/daños y perjuicios”, Exp:71852, Reg. Sent. Def: 185, Folio Sent Def: 1.189 del 27-8-2015; Taraborrelli José Nicolás, “Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código” La Ley 3/9/2015).” (ver sentencia apelada fs. 334/vta.)*



Despejada tal cuestión, huelga señalar que la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha señalado: “...*las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. La norma tiene clara raigambre constitucional y está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo, que el CCyC recoge no solo en los artículos 1096/1122 sino que extiende a otros ámbitos específicos, como, por ejemplo, los contratos bancarios (arts. 1384/1389)...*” (...) *En mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata*” (Kemelmajer de Carlucci Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existente”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 60-61)

En consecuencia, la ley 26.361 en su art. 1° dispone: *Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por 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. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*”

La actora se queja porque el señor juez de grado interpretó que en el caso concreto la vinculación del banco con el cliente, por tratarse de un contrato de cuenta corriente bancaria cuya utilidad era exclusivamente para el giro comercial, no quedaba incluida en una relación de consumo.

Al respecto, el Sr. Juez de grado ha señalado: “*Ahora bien, toda vez que la accionante ha sustentado su pretensión, también en las normas de protección al consumidor (ver fs. 11), dable es señalar que los contratos bancarios pueden originar una relación de consumo sujeta a las reglas*



*impuestas por la ley 24.240 (art.1, ley 26.361); pero en atención a que la propia actora asumió su calidad de comerciante y que la actividad como cuentacorrentista estaba claramente vinculada a la explotación comercial de su negocio (ver fs. 10 vta. y fs. 130/131); no corresponde decidir el presente a través del prisma de dicha normativa, sino a la luz de lo prescripto por la ley civil y mercantil de fondo y sus leyes complementarias (ver SCBA, LP C 95.758 "Volpe José c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/nulidad, repetición y compensación" del 9/12/2010)." (ver sentencia fs. 335)*

En sus agravios, la actora manifiesta que: *"si bien es cierto que la actora se dedicó al comercio también es cierto que la propia demandada refirió que la vinculación con Mereles se inicia por la suscripción de un préstamo prendario para la adquisición de un automóvil, y en su contestación de demanda ilustra a S.S refiriendo que la deuda de Mereles es por el préstamo prendario y ofrece prueba al respecto que son contestados por el perito contable en su respuesta 3)." (ver expresión de agravios fs. 395)*

Continúa manifestado que, según sostiene el HSBC, el rechazo de los tres cheques de la cuenta corriente fue consecuencia de la mora en el préstamo prendario. Sostiene que al atribuirse la condición de comerciante a la actora se desatiende de la calidad de prestador de servicio bancario institucionalizado y con alto grado de especialidad con superioridad técnica sobre el actor, negándole la protección que la propia ley da. Solicita la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y el principio de inversión de la carga probatoria (ver expresión de agravios fs. 395 vta.)

Entiendo que la crítica no alcanza a controvertir los fundamentos dados en la sentencia apelada para desestimar la relación de consumo.

La actora en la demanda sostiene expresamente que *"se vinculó a través de un contrato de adhesión con el Banco HSBC, Sucursal San Justo para desarrollar mi actividad comercial dentro del rubro venta de ropa infantil, por el que se procede a la apertura de cuenta en el Banco demandado en cuenta corriente n° 116-3-23037-6, en la cual figura como titular la Sra. Eva Natalia Mereles, Resp. Monotributista, C. U. I. T. N°*



*27-22810161-9 – Desarrollo la actividad comercial en el rubro de venta al por menor de prendas de vestir infantil, en el local comercial ubicado en la Av. Crovara 5517 de la localidad de Isidro Casanova desde el año 1999 y posteriormente en otra sucursal en Av. Crovara 5891, por un breve periodo”. (Ver demanda fs. 10 vta.).*

Se advierte que la actora reedita en la demanda el texto de una carta documento N° 884285584 enviada al banco con fecha 19/08/07, de cuyo texto se desprende que el cierre de la cuenta corriente bancaria le ocasiona “un grave perjuicio como cuentacorrentista haciéndome pasible de padecer el cuestionamiento de mi imagen comercial” (Ver demanda fs. 11). También sostiene que *“Por ende la conducta asumida por la demandada causó GRAVES PERJUICIOS a la suscripta, como interrupción de su operatoria comercial, mengua de abastecimiento del local, DESCRÉDITO DE LA IMAGEN COMERCIAL, etc y sobre todo esta involucrado su HONOR Y DIGNIDAD”* (Ver demanda fs. 12/vta.)

Cuando reclama los rubros resarcitorios, hace hincapié en la afectación de su imagen comercial, dignidad y honor (Ver reclamo por daño moral fs. 13/vta) y en la imposibilidad de continuar con la operatoria comercial (Ver reclamo por lucro cesante 13 vta./14).

Coincido con lo señalado por el Sr. Fiscal dptal. en la contestación de la vista conferida por esta Alzada en cuanto sostuvo: *“Podemos observar que lo determinante para redefinir si una persona humana o jurídica resulta consumidor o no, es analizar si el bien o servicio adquirido se reinsertará o no en el mercado, en su concepto amplio. De la lectura de las presentes surge que la accionante se relaciona con la entidad bancaria por medio de un contrato de crédito para automotores, caja de ahorros y tarjeta de débito (ver fs. 41/1115). Sin embargo, al presentarse en la demanda lo hace como comerciante y circunscribe todo su reclamo al hecho de que le fueron rechazados tres cheques lo cual afecto su credibilidad comercial y le produjo daños por no haber podido financiar la compra de mercaderías para su negocio de venta de indumentaria infantil (ver fs. 10/15). En consecuencia,*



*entiendo que en virtud de la lectura del expediente no resulta posible considerar a Eva Natalia Mereles como consumidor en los términos del sistema de protección legal de estos sujetos. Tampoco a mi entender el presente supuesto se encuadraría en el concepto de “consumidor mixto” ya que hacerlo implicaría desconocer los hechos admitidos por la actora, es decir, desentender que su reclamo se funda en la actividad comercial que ella realizaba y por lo tanto violentaría el principio de buena fe” (ver fs. 414/vta.)*

Por otra parte, considero que el Sr. Juez de grado ha aplicado correctamente el criterio esbozado por la SCBA en la causa “Volpe”, en donde se ha sostenido que: *“En el tráfico de una entidad financiera, son consumidores quienes destinan el producto bancario para su consumo final. A este segmento dirige su tutela la ley 24.240 cuyo art. 1º dispone que “La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social...”. A su turno, el art. 2, en su segundo párrafo -en su versión anterior a la ley 26.361- preveía que “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. La exigencia del destino de consumo final es mantenida en la nueva redacción dada al art. 1 por la ley 26.361.”*

*“En las operaciones activas, el cliente es destinatario final cuando se trata de créditos para consumo, hipótesis contemplada en el art. 36. No es predicable tal situación, en principio, cuando los préstamos se aplican en orden al desarrollo de alguna actividad productiva o de comercialización excluida del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (v. Lorenzetti, ob. cit., págs. 417/418). En la especie, los contratos de mutuo con garantía hipotecaria celebrados por el señor Volpe con el Banco de la Provincia de Buenos Aires no tuvieron por destino el consumo final del mutuario o su*



*grupo familiar o social. Antes bien, ellos fueron celebrados con destino al "incremento del capital de trabajo", a la "cancelación del descubierto en su cuenta corriente", a atender el "descuento de cheques de terceros postdatados -documentos y valores descontados", la "evolución, ampliación de acuerdo, involucrando deuda en curso" y o bien "refinanciación y reprogramación de vencimientos y/o exigibilidad de deudas" (v. fs. 121 y 122 vta., 131, 132 y 133 vta., 140, 157, 158, 168, 169 y 170 vta.). En el mutuo otorgado a los fines de saldar la deuda en cuenta corriente, se consignó que el exceso relativo al grado de afectación del crédito otorgado se daba en razón de juzgar que "el cliente reúne suficientes merecimientos para ello, como también en la semana reduce \$ 5.000 por amortización cuota PYME", quien les "solicita el apoyo que la primer instancia otorgante considera viable, para un mejor desenvolvimiento de su actividad y para culminar con las instalaciones y equipamientos del moderno taller que se encuentra elaborando en Avda. Champagnat, el que estará dedicado a la instalación de equipos de Gas, prueba de distintos elementos de seguridad, etc." (v. fs. 131 vta.)."*

*"En lo que atañe a la cuenta corriente, si bien no se acompañó el contrato de suscripción, los propios dichos del accionante en su misiva glosada a fs. 118, dirigida al Banco, hacen constar que su actividad como cuentacorrentista estaba claramente vinculada a la explotación comercial de su empresa de G.N.C., siendo -de otra parte- en dicha cuenta en la cual se debitaron los créditos hipotecarios antes referidos y a cuya cancelación de su saldo deudor fueron destinados algunos de ellos." (SCBA LP C 95.758 "Volpe José c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/nulidad, repetición y compensación" del 9/12/2010 )*

*En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado: "... es evidente que lo que el actor quiso respecto de la cuenta corriente bancaria que abrió recién en el año 2006 no fue darle un uso personal, sino —como él mismo reconociera— emplearla como instrumento para facilitar su giro profesional, es decir, introducirla dentro del área de su actividad como abogado*



*especialista en materia de propiedad intelectual. Desde esa perspectiva queda excluida la idea de "consumidor final" propugnada por el accionante quejoso, toda vez que, conforme a lo ya anotado, las operaciones jurídicas motivadas objetivamente por realizaciones profesionales cuya utilidad se encuentra reconocida en ese ámbito (el profesional), se erigen en materia ajena a la Ley de Defensa al Consumidor (LDC)."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A Fecha: 23/10/2012 "Dreon, Marcelo v. Banco Supervielle S.A". ,Publicado en: SJA 2013/04/17-68; JA 2013-II; Cita Online: AP/JUR/4034/2012)

Que lo hasta aquí señalado me lleva a sostener que en el caso, tal como ha sido planteado por la actora en su demanda, la calidad de comerciante que ella misma se endilga, impiden aplicar la normativa consumeril en relación al daño alegado. Si bien es cierto que la doctrina se ha encargado de delinear supuestos en donde la sola calidad de comerciante de uno de los contratantes no impide la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, la accionante no ha alegado ni probado ningún supuesto que permita presumir que la utilización de la cuenta corriente, por ejemplo, era para su destino final, es decir, que se encontraba por fuera de su actividad comercial. (ver Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", segunda edición actualizada, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009 pag.101-107)

Por el contrario, la Sra. Mereles vuelve a insistir en sus agravios en su carácter de comerciante, manifestando que "*si bien es cierto que la actora se dedicó al comercio también es cierto que la propia demandada refirió que la vinculación con Mereles se inicia por la suscripción de un préstamo prendario para la adquisición de un automóvil, y en su contestación de demanda ilustra a S.S refiriendo que la deuda de Mereles es por el préstamo prendario y ofrece prueba al respecto que son contestados por el perito contable en su respuesta 3)*" (ver fs. 395).

Obedeciendo al principio de congruencia, cabe considerar que la actora ha limitado el objeto de su pretensión a la extinción que entiende





injustificada del contrato de cuenta corriente bancaria, con expresa consideración a que su finalidad era atender asuntos de su giro comercial. (arg. arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 CPCC)

En consecuencia, el contrato de mutuo que invoca el banco al contestar demanda y la prueba que al respecto ofrece, no modifica el encuadre jurídico original, puesto que no aparecen controvertidos en el presente caso los efectos de la caja de ahorro.

No obstante, entiendo que la actitud asumida por el banco demandado al contestar demanda, resulta confusa al colacionar al expediente otros paquetes contratados por la actora que resultan extraños a la cuenta corriente que motiva la presente demanda. Si bien señala que el rechazo de los cheques ha sido por la causal sin fondos debido a que la actora, al día de la presentación al cobro de dichos cheques no contaba con dinero suficiente en su cuenta corriente para cubrir los cheques librados por ella misma y que tampoco había autorización para girar en descubierto (ver demanda fs. 119), manifiesta que: *“Sin perjuicio de haber explicado los motivos por los cuales se rechazaron los cheques, es importante señalar un punto que la actora en su escrito de demanda omite señalar, el cual radica en la deuda respecto al préstamo prendario que contrató con mi mandante”*.

*“La Sra. Mereles en fecha 25.01.2007 ingresó en mora automática en relación al pago de dicho préstamo por no cumplir en tiempo y forma con el pago de las cuotas del préstamo prendario. Ello quedará ello demostrado mediante la prueba pericial contable que desde ya dejo ofrecida”* (textual Ver contestación de demanda fs. 119vta./120).

Sigue relatando la demandada el mecanismo del préstamo prendario e insiste en destacar la mora de la actora (ver fs. 120). Le reprocha a la actora haber omitido en la demanda toda referencia al crédito prendario, olvidando que se tratan de cuentas de naturaleza distintas y autónomas entre sí, de modo que las repercusiones por el incumplimiento en el pago de los cheques relacionados con una cuenta corriente bancaria no debieran tener el agravamiento por la deuda en el pago de un crédito prendario, a





cuyos efectos se procedió a la apertura de una caja de ahorro para debitar los pagos de cada una de las cuotas. Al respecto afirma el banco demandado al contestar demanda: *“Cabe resaltar que las cuotas del préstamo serían debitadas de la caja de ahorro en pesos de titularidad de la Sra. Mereles, Nro. 116-6-10854-4 la cual fue abierta con esta finalidad. Esto surge claramente de los resúmenes de cuenta que se adjunta así como también surge claramente de los resúmenes de cuenta que se adjunta así como también surge de la solicitud de productos firmado por la actora”*. (Ver fs. 120).

También sostuvo la demandada *“que desde el inicio de la relación de las partes concerniente al préstamo prendario (Enero/2007) la actora jamás conto con dinero en su caja de ahorro para que mi mandante – conforme había sido pactado – se debitara las cuotas de dicho préstamo”*. (Ver fs. 120).

Renglones después la accionada afirma que, si bien las partes habían acordado que las cuotas serían debitadas de la cuenta 116-6-00108544 (No es la cuenta corriente bancaria), *“que ya en ese resumen figura que la Caja de Ahorro N° 116-6-00108544 no contaba con ningún movimiento y tampoco con saldo suficiente para que mi mandante pudiese debitarse las cuotas tal como las partes habían pactado”* (Ver fs. 120 vta).

Por otra parte, la demandada al describir la realidad de los hechos (Punto B. Realidad de los Hechos), hace un extenso desarrollo de la deuda de la actora vinculada al préstamo prendario. (Ver Punto C. Deuda de la Sra. Mereles vinculada al préstamo prendario- Actitud morosa de la parte actora.).

Si bien es cierto que los efectos de la mora en el pago de un crédito prendario y las facultades que por contrato de adhesión se reserva el banco, no pueden llevar al extremo de hacer valer la mora de pleno derecho con repercusiones en la situación de la cuenta corriente bancaria, la que a su vez es ajena en cuanto a su finalidad respecto a la caja de ahorro donde debían debitarse los pagos del préstamo prendario, lo cierto es que no aparece



ninguna vinculación de los incumplimientos de esa cuenta con la situación planteada respecto del rechazo de los cheques. No es el caso donde el banco dispone de sumas depositadas en la cuenta corriente para afectarlas al pago de un préstamo prendario. Esa desvinculación de las cuentas les concede al mismo tiempo suficiente autonomía, de modo que si el banco hubiera accionado por incumplimiento en el pago de un préstamo prendario cuya finalidad era satisfacer necesidades personales del consumidor, la relación de consumo sería explícita. No es el caso que nos convoca.

Sin perjuicio de alejar del encuadre de una relación de consumo a la controversia suscitada entre el banco y un cliente, por la consideración de comerciante de la actora y que ha reclamado en la demanda los perjuicios que el accionar del demandado le ha causado en el desarrollo de su actividad comercial, lo cierto es que han de prevalecer principios propios de los contratos de adhesión que indican que el oferente por ser una empresa profesional organizada tiene que colaborar en el esclarecimiento de los hechos. No es necesario establecer una relación de consumo para imponer las reglas de las cargas dinámicas de la prueba.

En este aspecto la solución dada en la instancia de origen para excluir la aplicación de la ley de defensa del consumidor, con cita de doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, no impide a mi entender exigir al banco que explique todos aquellos aspectos de la relación jurídica, por el simple hecho de estar en mejores condiciones de probar los hechos controvertidos.

Este criterio de cargas dinámicas de la prueba ha sido construido con doctrina anterior a la vigencia de la ley de defensa del consumidor. Ello torna ocioso todo debate respecto a si la relación jurídica del caso queda comprendida en los llamados contratos de consumo.

En relación a la carga dinámica de la prueba, se ha dicho: *“Las modernas tendencias probatorias (dije en la causa “Meiseles, Samuel Marcos c. Banco Frances SA s/ord”. del 24/3/2003) predicen que son ambas partes las que deben contribuir a conformar el plexo probatorio, para la*



*obtención de una decisión justa del órgano jurisdiccional, llegándose a sostener que el favor probationis o la “teoría de las cargas dinámicas”, se inclina –más allá de todo elemento presuncional- por poner el peso de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo (Peyrano, Jorge –Chiappini Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED, 107-1005; Peyrano, Jorge, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LA LEY, 1991-B, 1034); doctrina que puede entenderse recepcionada –al menos en materia civil- por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de “valorar la conducta asumida por las partes en el proceso” (CSJN, Fallos, 311:73) y “que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (CSJN, “Rudaz Bissón, Juan C. c. Editorial Chaco SA”, del 2/4/1998, LA LEY, 1998-e, 243; ÍD. “Gallis de Mazzucchi, Luisa c/ Correa, Miguel y otro”, del 6/2/2001, LA LEY, 2001-C, 959)” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Abelleira Gladys N c. BBV Banco Francés, sentencia del 19/11/2004, LA LEY 12/05/2005 Cita Online AR/JUR/4791/2004)*

En relación a la responsabilidad profesional del banco, si bien en un caso de disímiles características pero que en este aspecto resulta aplicable al caso concreto, ya he establecido que: *“Se ha destacado siempre la profesionalidad del banco, como organización especializada en operaciones de dinero. “La Profesionalidad del banquero o de la entidad que él representa, obliga a un afinamiento del concepto de causalidad que le es imputable (criterio de los arts. 902 y 909 CCiv.), lo cual si bien no importa objetivizar responsabilidades, sí implica medir en el caso concreto la reprochabilidad subjetiva de manera acorde con los elementos, recursos, capacidades y obligaciones legales que la entidad tiene, singularmente*



*contrastados con las del cliente, mero adherente a contrataciones predispuestas en negocios prerredactados sometidos a condiciones generales cuya génesis se ignora (conf. Saux, E. I., "Responsabilidad de las entidades financieras", en la obra "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", hecha en homenaje al Prof. Atilio A. Alterini, 1997, Ed. Abeledo Perrot, p. 756). Se ha dicho con razón, en tal sentido, que la responsabilidad del banco en tales casos deberá ser medida "con un patrón de severidad por estar sujeto al deber profesional de obrar con prudencia y pleno conocimiento (art. 902 CCiv.), y se extenderá a los daños e intereses que resultaran al mandante por dolo inexcusable o culpa (arts. 506, 507, 511 y 512 CCiv.)" (Milella, Marino, "La incidencia del riesgo de falsedad del cheque en la relación entre el librador y el banco", LL 156 1191)." (Lexis N° 70016142, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª 22/02/2005 Segba S.A. en liquidación v. Banco de la Provincia de Bs. As.)" (...) "La doctrina también ha puesto énfasis en la profesionalidad del banquero, de allí que los bancos quedan sometidos a un régimen de responsabilidad más específico y agravado que el estándar. (SARAVIA FRIAS, Bernardo: "Reflexiones sobre derecho bancario moderno", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005-3 – Contratos bancarios -, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe marzo 2006, pág. 24)."*

*"Conteste la jurisprudencia ha expresado: "La profesionalidad del banquero o de la entidad que él representa, obliga a un afinamiento del concepto de causalidad que le es imputable (criterio de los arts. 902 y 909 CCiv.), lo cual si bien no importa objetivizar responsabilidades, sí implica medir en el caso concreto la reprochabilidad subjetiva de manera acorde con los elementos, recursos, capacidades y obligaciones legales que la entidad tiene, singularmente contrastados con las del cliente, mero adherente a contrataciones predispuestas en negocios prerredactados sometidos a condiciones generales cuya génesis se ignora (conf. Saux, E. I., "Responsabilidad de las entidades financieras", en la obra "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", hecha en homenaje al Prof. Atilio A. Alterini,*



1997, Ed. Abeledo Perrot, p. 756). Se ha dicho con razón, en tal sentido, que la responsabilidad del banco en tales casos deberá ser medida "con un patrón de severidad por estar sujeto al deber profesional de obrar con prudencia y pleno conocimiento (art. 902 CCiv.), y se extenderá a los daños e intereses que resultaran al mandante por dolo inexcusable o culpa (arts. 506, 507, 511 y 512 CCiv.)" (Milella, Marino, "La incidencia del riesgo de falsedad del cheque en la relación entre el librador y el banco", LL 156 1191)." (Citar Lexis N° 70016142, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª 22/02/2005 Segba S.A. en liquidación v. Banco de la Provincia de Bs. As.). Lo concreto es que el banco no puede cometer yerros en perjuicio de terceros. La actividad bancaria tiene enorme incidencia en la sociedad actual, de allí que sus operadores financieros deben extremar el celo y la diligencia en el cumplimiento de su función. (Art. 1198 CC). Los banqueros son profesionales y especialistas en la materia financiera, calidad y cualidad que torna imperiosa la buena formación de sus dependientes. En un precedente de la Sala II de esta Excma. Cámara, nuestro distinguido colega IGLESIAS BERRONDO ha expresado: "En materia de responsabilidad bancaria, el factor de atribución será en principio subjetivo, siendo por ende aplicable lo dispuesto en el art. 512 del C.C. Es opinión unánime que las entidades bancarias actúan en el mercado como un profesional de su actividad, titular de una empresa con alto nivel de especialización, colector de fondos y distribuidor del crédito por un privilegio emanado del estado y con superioridad técnica con relación a su co contratante, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 902 del C.C.". (CC0002 LM 887 RSD-31-5 S 15-11-2005, "Herederos de Botto Paola c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios", B3400758 JUBA)." (mi voto en "Grameen S.A. C/ Banco De La Provincia De Buenos Aires S/ Daños Y Perjuicios", Causa 1633/1, RSD °63/09, sentencia del 20/10/9)

En el mismo sentido, se ha dicho: "...no es dable apreciar la conducta de la demandada con idénticos parámetros a los aplicables a un neófito, pues cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento



*de las cosas, mayor es la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 cod. Civil)”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala AC. Nac. Com., sala A Fecha: 23/10/2012 Partes: Dreon, Marcelo v. Banco Supervielle S.A. Publicado en: SJA 2013/04/17-68; JA 2013-II; Cita Online: AP/JUR/4034/2012)

La inveterada doctrina, con anticipación a la sanción del CCCN ya venía receptando la consideración de los contratos de adhesión como nuevas realidades contractuales impuestas por la masividad del contrato. Al mismo tiempo la doctrina y la jurisprudencia fueron generando mecanismos de equilibrio contractual, que los textos nominales no garantizaban. Entre estas aristas se fue consolidando el criterio de carga dinámica de la prueba, de aplicación cotidiana a los contratos de adhesión. El Código Civil y Comercial, aplicable como fuente de doctrina, establece en su art. 984 que: *“El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.”*

En efecto, siguiendo a Stiglitz, podemos definir los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas o condiciones generales como: *“...aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido. Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual. De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente.”* (Stiglitz, Rubén S., *“Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas”* Publicado en: RCCyC 2015 (septiembre), 17/09/2015, 125 Cita Online: AR/DOC/2850/2015)



Si bien en el caso concreto hemos desechado la aplicación de la normativa consumeril, corresponde reparar en las condiciones de pequeño comerciante que reflejan el expediente, impone agudizar el análisis del presente, toda vez que en la contratación y la ejecución del contrato que vincula a la actora y al banco demandando, se evidencia una clara disparidad entre las partes, que pone de relieve la vulnerabilidad de quien contrata, necesariamente, un producto mercantil para poder desarrollar una actividad comercial a pequeña escala como se evidencia en el caso concreto (ver declaraciones testimoniales fs. 173/174, 175/176, 177/vta.) Esta situación no puede ser desatendida por quien juzga a los efectos de una estricta solución de justicia. En consecuencia, resulta aplicable: *“Contemporáneamente acontece que la contratación pone de relieve, de más en más, el sentimiento de los particulares de su vulnerabilidad que hace que, en ocasiones, los empresarios se sirvan de las condiciones generales para desplazar ilegítimamente todo el riesgo sobre el adherente, “obteniendo resultados que nunca alcanzarían a través de una libre discusión con el cliente” (...) “Lo que queremos decir es que si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa. Ello significa que las técnicas contractuales predispuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes. En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato). Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato. Y su propósito debe conducir a restablecer (garantizar) la justicia contractual, o sea, un justo equilibrio de los intereses en disputa (conf. art. Cit.)*

La SCBA ha establecido al respecto que: *“No es novedad alguna el hecho de que la nota caracterizante del ámbito convencional conocido como “de cláusulas predispuestas” o “de adhesión” es la falta de paridad negociadora entre las partes, lo cual ha llevado a la doctrina primero, luego a*





*la jurisprudencia y finalmente a la legislación a receptor soluciones para equilibrar la relación eliminando -en cierto modo- tales diferencias.” (SCBA LP AC 79187 S 02/07/2003 “Ponce, Magdalena Beatriz c/de Cano Funes S.A. s/Resolución contractual y daños y perjuicios” JUBA B26775)*

En consecuencia, se desecha el agravio de la actora en relación a la aplicación de la Ley de defensa del Consumidor, sin perjuicio de la aplicación de las reglas propias de los contratos de adhesión como ya he adelantado.

### **III.3. La autorización para girar en descubierto.**

La cuenta corriente es un mecanismo habitual para que el comerciante pueda dinamizar el giro de sus negocios donde los recursos concretos se volatilizan y el crédito permite reasumir con provisión de fondos cotidianos el pago de las distintas obligaciones. Es una modalidad que también acepta el librador de los cheques, quien a su vez recibe estos documentos de pago en su relaciones con sus clientes. Establece el art. 791 del Código del Comercio –aplicable a la época de los hechos- que: *“La cuenta corriente bancaria es de dos maneras: a descubierto, cuando el Banco hace adelantos de dinero; o con provisión de fondos, cuando el cliente los tiene depositados en él.”*

La autorización para girar en descubierto puede ser expresa o tácita. Si bien de las pericias contables de marras surge que la actora no contaba formalmente con autorización para girar en descubierto (ver pericia fs. 254 pto. 3 y contestación de explicaciones de fecha 3/6/19), adelanto que tendré por acreditada la autorización tácita para efectuar el giro. Esta última modalidad es admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

Sobre la autorización para girar en descubierto, el Dr. Jorge H. Alterini en la obra citada sostiene: *“En el segundo supuesto, comúnmente denominado “autorización para girar en descubierto”, el banco abre crédito al cliente hasta determinada suma y sobre la cual este último puede girar*





*librando cheques o impartiendo órdenes según el servicio de caja pactado, hasta la suma que se fija como monto máximo del crédito otorgado. El cliente puede efectuar depósitos coetáneamente, y esto, como es lógico, disminuye o elimina el saldo en descubierto, sin que esa disponibilidad desaparezca, pues siempre el cliente puede girar con exceso sobre sus depósitos hasta la cantidad convenida”.*

*“Señalamos aquí que, aun cuando no exista previamente una apertura de crédito en cuenta corriente pactada, los bancos suelen atender los cheques que al ser presentados están en descubierto (sobregiro); ello es llevado a cabo mediante un “adelanto transitorio de fondos”. Se trata de un préstamo ocasional otorgado a clientes que por gozar de solvencia moral y económica suficiente, garantizan la cobertura cierta e inmediata del sobregiro incurrido. Si bien este adelanto transitorio no tiene plazo, ni monto, ni interés pactado, es cancelable, necesariamente, dentro del plazo que fije el Banco Central. En la jerga bancaria, son éstas las llamadas “autorización para girar en descubierto, sin acuerdo”. (Alterini, Jorge H. – Director General –“Código Civil y Comercial Comentado –Ed. La Ley, Buenos Aires 2015, Tomo VII, pág. 91/92, comentario art. 1404 CCC con cita de “Fernández Raymundo L.- Gómez Leo, Osvaldo R. , Tratado teórico-práctico de derecho comercial,2da ed- Depalma, Buenos Aires, 1997, T° III-D, p.248).*

La jurisprudencia ha admitido tácitamente la autorización para girar en descubierto cuando “la continua atención de cheques sin provisión de fondos había generado la razonable expectativa de la actora de contar con autorización para girar en descubierto” (Fast Lunch S. A. c/ Banco Francés S. A. s/ Ordinario”, Cámara Nacional Comercial, Sala D, (Diario Judicial, 31 de diciembre de 2004). En el antecedente, al igual que en este caso, la cuenta fue cerrada intempestivamente.

En el caso concreto, el banco demandado al contestar una interpelación de la actora, hace referencia a que puso en su conocimiento la situación por incumplimientos y de la reducción del acuerdo en descubierto.



(Ver CD de fecha 20/11/07, con relación al estado de la cuenta corriente n° 116-23037-6)

Si bien es cierto que la carta documento acompañada por la actora a fs. 7 ha sido negada por la demandada en forma genérica y sin perjuicio de la comprobación de su autenticidad mediante los procedimientos habituales, lo cierto es que se le atribuye a la parte demandada, quien inclusive a través de su gerente, ha procedido a firmar su texto. De modo que, al menos cabe considerarle a dicho instrumento, el carácter de prueba por escrito (art. 1192 C.C) o principio de prueba instrumental como es recepcionado en el Código Civil y Comercial y aplica como fuente de doctrina. (art. 1020 CCCN)

No desconozco que la prueba informativa, dirigida al correo OCA no ha sido cumplimentada, toda vez que, si bien de la certificación de prueba de fs. 318 se desprende que la misma ha sido producida a fs. 196, de tal actuación se evidencia que el correo oficiado requería más elementos para acreditar el diligenciamiento de la misma. Ahora bien, no basta en los contratos de adhesión y mucho menos cuando se trata de un documento que se le atribuye a la parte fuerte de la relación jurídica, limitar la conducta a la mera negativa puntual, debiendo en todo caso cooperar con las cargas probatorias, por estar precisamente en mejores condiciones de contribuir al esclarecimiento de los hechos. Nada impedía que el Banco activara dicha prueba, que posee carácter de prueba común, a los fines de probar la existencia del giro en descubierto.

No puede obviarse, tal como destaca la apelante, el resultado del intercambio de cartas documentos donde las partes han expuesto conductas jurídicas relevantes que no pueden ser controvertidas por otras manifestaciones ulteriores. (Art. 1067 CCC – mencionado como fuente de doctrina y que regula la llamada doctrina de los propios actos o actos propios, sustentada en el principio de buena fe). El artículo 1067 del Código Civil y Comercial, también como fuente de doctrina, regula la protección de la confianza. Al respecto regla: *“La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la*



*contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.*

Resulta evidente que aún en el supuesto que no se haya especificado por escrito la autorización para girar en descubierto, la sola mención del banco de reducir el importe del mismo significa la admisión de su existencia, como una modalidad del mecanismo del crédito basado en la solvencia y en la confianza en el cliente. De todos modos, probar que esa modalidad no había sido puesta en vigencia en la relación contractual, constituye una obligación del banco demandado porque al tratarse de un contrato de adhesión, tiene matices muy particulares en relación a la carga probatoria.

Por otra parte, la apelante sostiene que: “...lo cierto es que según las constancias agregadas en autos, en los resúmenes acompañados por la propia actora y por la Perito en su informe se verifica que al cerrar el período mensual, hay un ítem que claramente se lee “CALCULO DE INTERESES POR DESCUBIERTO”, que el mismo Banco acompañó en su contestación de demanda, además de visualizarse que diariamente se debitaba una comisión por exceso por lo que el Banco percibió los intereses y comisiones como consta en los resúmenes en franca contradicción con lo afirmado por el Perito que con contundencia dictamina que la actora, no contaba con el giro en descubierto (porque se lo informaron verbalmente), dictamen erróneo que llevo a error de Juzgamiento del sentenciante”. (Ver expresión de agravios). Se advierte que en la nueva pericia contable, requerida por este Tribunal como medida para mejor proveer, la perito también dictamina que se carecía de autorización para girar en descubierto. Sin embargo, la verdad objetiva emerge también desde la integración de la prueba y en este aspecto la conducta de las partes es reveladora de los hechos controvertidos.

Entiendo que el banco demandado por su organización y en su carácter de constructor del contrato cuya característica principal es la adhesión, sin perjuicio que debe cumplir con toda normativa impuesta por directivas específicas, tiene que cooperar en el esclarecimiento de los hechos controvertidos y en este aspecto probar que no había autorización



para girar en descubierto y en su caso, de haberse implementado la modalidad en forma escrita o tácita, su importe y eventualmente el alcance de su reducción. El banco demandado está en mejores condiciones de probar que la actora carecía del derecho tácito a girar en descubierto, considerándose que tal beneficio solamente resulta exclusivo de una discrecionalidad del oferente.

En este aspecto debe admitirse el agravio de la apelante en cuanto sostiene que, del mismo resumen acompañado por la demandada en ocasión de contestar demanda, surge un detalle del cálculo de intereses por descubierto (ver fs. 81 vta., 87, 95, 104, 114 vta.)

La jurisprudencia, ha señalado en un caso similar –ya referido- que: *“El banco observó al respecto que no existiría en autos documento alguno que refleje el acuerdo de sobregiro. Sin embargo, de las constancias de fs. 753/850 consistentes en los sucesivos resúmenes de cuenta, que van del 30/4/1996 al 12/9/1997, reconocidos por el banco demandado, se desprende con claridad que en la operatoria de la cuenta corriente, aquel solía cubrir los saldos deudores de la actora”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D “Fast Lunch S.A v Banco Francés S.A Thomson Reuters Cita Online 70017060)

El principio de la carga dinámica de la prueba alcanza a todos los aspectos de la actividad bancaria e inclusive al alcance del giro en descubierto, arista del caso que se ha controvertido en el caso. Dilucidar en este contexto, si el cuentacorrentista estaba autorizado a girar en descubierto o hasta que suma podía hacerlo constituye una carga probatoria del banco que por su profesionalismo y organización estaba en inmejorables condiciones de hacerlo. Pedirle la prueba del extremo indicado al cliente bancario no resulta coherente con la habitual operativa bancaria toda vez que se verifican casos donde el banco tácitamente autoriza al cuentacorrentista a girar en descubierto y ello puede suponer flexibilidades razonables según el buen entendimiento con los usuarios.



De allí la trascendencia de notificar aspectos formales de la relación jurídica específica, carga que no ha sido cumplida por el demandado en función de sus afirmaciones al respecto.

A mi entender, considerándose la naturaleza del contrato de adhesión, toda convención que releve al oferente de dar preaviso, resulta contraria al interés del cliente consumidor financiero y a las previsiones de los contratos de adhesión que no dan espacio al débil contractual para expresar sus disensos.

Ninguna prueba en este aspecto ha producido la parte demandada. Por otra parte, destaco que de las pruebas periciales de marras se desprende en forma coincidente, la actitud renuente del banco para aportar la documentación necesaria a los fines de esclarecer la presente controversia. Ello se encamina con la falta de colaboración que el banco ha demostrado a lo largo del proceso y que, en el caso concreto, un estricto sentido de justicia impone un rigorismo en su análisis compatible con la vulnerabilidad expuesta por la parte débil que contrata.

En consecuencia, considero que debe hacerse lugar al agravio de la actora en función a tener por acreditada la existencia de un giro en descubierto tácito. Sus modalidades, que no ha sido probadas en el caso, no puede perjudicar a la parte débil de la relación contractual. La mera negativa frente a los extremos alegados por la actora, no puede acogerse como defensa del banco demandado en el caso concreto.

#### **III.4 – El cierre de la cuenta corriente bancaria. Sus causales. La integración de las pericias contables.**

La actora alega en su demanda que: *“...nunca se me informó de alguna medida adoptada por la entidad, que cambiarían la operatoria comercial habitual, ni de la reducción del giro en descubierto”* (ver demanda fs. 12)

La accionada en su escrito de demanda, menciona otros productos que la actora había contratado con el banco, como ser un crédito prendario y



una caja de ahorro a los fines de la satisfacción de la deuda originada por el primero. Al respecto, señala que *“la mora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas por el DEUDOR en virtud del presente contrato, en especial la falta de pago en término de los servicios de amortización, permitirá al ACREEDOR declarar la caducidad de todos los plazos, y exigir la inmediata e íntegra devolución y reembolso del capital desembolsado”* (ver fs. 120 vta) . Continúa manifestando que: *“En síntesis podemos concluir que en cumplimiento y resguardo de dichas cláusulas pactadas por las partes, mi mandante, ante el incumplimiento en el pago de las obligaciones en cabeza de la Sra. Mereles se encontraba ampliamente facultada para actuar de pleno derecho sin necesidad de efectuar notificación alguna”* (ver fs. 120 vta.)

Considero que ello, como ya he adelantado, carece de relevancia con el objeto del juicio que nos ocupa, es decir, los daños y perjuicios producidos a la actora por el cierre de la cuenta corriente que poseía en la entidad financiera de la demandada. Todo lo relativo a otros productos que la actora haya contratado con el banco, resultan ajenos a la presente controversia, ello en función de cómo ha quedado trabada la litis (arg. art. 163 inc. 6 CPCC)

El banco no ha demostrado cumplir con la normativa vigente al momento del hecho. No se advierte que el banco haya probado que la cuenta correntista haya incurrido en alguna de las causales prevista por la reglamentación que emana del Banco Central de la República Argentina para el cierre de la cuenta corriente bancaria. En efecto, la normativa establece en la Sección 9 de la Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria (última comunicación incorporada: “A” 6762- Texto ordenado al 22/08/2019) titulada “Cierre de cuentas y suspensión del servicio de pago de cheques como medida previa al cierre de la cuenta” tres causales: **1)** aquellas contractualmente establecidas **2)** la inclusión de alguno de sus integrantes en la “Central de cuentacorrentistas inhabilitados” y/o **3)** la falta



de pago de las multas establecidas por la Ley 25.730. (ver sección 9 ptos 9.1.1/9.1.4)

En relación al primer supuesto, nada ha alegado y probado al respecto el banco demandado, más allá de las especiales consideraciones que ello tendría por considerar la naturaleza de este tipo de contrato por adhesión.

En relación al pto 2), la normativa establece que, para la inclusión en la "Central de cuentacorrentistas inhabilitados", se deberán comprobar las siguientes situaciones "8.2.2.1. Falta de pago de la correspondiente multa dentro de los 30 días corridos de la notificación fehaciente al cliente del rechazo por las causales previstas en los puntos 6.1.1., 6.1.2. y 6.3. de la Sección 6. 8.2.2.2. Sanciones de inhabilitación que imponga la Justicia o por otros motivos legales que hayan sido notificadas al sistema financiero." (ver sección 8. "Central de cheques rechazados", "Central de cuentacorrentistas inhabilitados" y "Central de cheques denunciados como extraviados, sustraídos o adulterados" comunicación "A" 6762). El banco demandado no ha alegado ni probado este supuesto. Tampoco lo ha hecho respecto del pto. 3), es decir, no ha probado que la actora haya incurrido en la falta de pago de multas establecidas por la Ley 25.730.

De haber sido así, la entidad financiera si hubiera rechazado cheques sin haber percibido en tiempo y forma las respectivas multas, contaba con la posibilidad de llevar a cabo el cierre de cuentas, dentro de los 30 días corridos, contados desde la fecha en que la información se encuentre disponible para los usuarios del sistema en la "Central de cuentacorrentistas inhabilitados". (ello de conformidad con lo normado en el pto. 9.1.3 de la sección 9)

Nótese que en la contestación de demanda, el banco insiste en que la causal para proceder al cierre ha sido el rechazo de los cheques por la causal sin fondos. Ello no se encuentra previsto de ese modo en la normativa (ver contestación de demanda fs. 119/vta.)



En consecuencia, no habiendo alegado el banco ninguna de las causales previstas, el cierre de la cuenta ha sido una decisión unilateral de la entidad financiera, que debió entonces haber dado cumplimiento con lo normado por el art. 792 del Código de Comercio, vigente al momento del hecho, el que establece *“La cuenta corriente bancaria puede cerrarse cuando lo exija el Banco o el cliente, previo aviso con 10 (diez) días de anticipación, salvo convención en contrario.”*

Dicho razonamiento me lleva a sostener que el Banco demandado debió notificar su intención de proceder al cierre de la cuenta corriente bancaria, extremo que no surge de la prueba producida en el presente.

El banco en todos los casos e incluso cuando extingue el contrato de modo unilateral, debe comunicar el cierre de la cuenta corriente al cliente con una anticipación de diez días. Esta obligación también se impone cuando hay una cláusula en contrario. En el caso, sin necesidad de calificar una relación de consumo, lo concreto es que se trata de un contrato de adhesión y en consecuencia le resultan aplicable idénticos conceptos, por ejemplo los relacionados con la cláusula abusiva y la inversión de la carga de la prueba. Las llamadas causales de cierre de la cuenta corriente técnicamente constituyen causales de extinción del contrato de cuenta corriente bancaria. (Alterini, ob. Cit. pág. 131).

Sin embargo este medio de extinción, cualquiera que fuera su causal, si bien puede declararse de modo unilateral, sus efectos requieren previo aviso con diez días de anticipación, excepto previsión contractual. (Doct. Art. 792 Código de Comercio vigente a la época de los hechos; Art. 1404 inciso a) CCC)

Sostiene Alterini: “Si bien la norma es supletoria – en tanto finaliza contemplando la posibilidad de que las partes acuerden lo contrario –entendemos que en el contrato no podrá pactarse la posibilidad de que las partes acuerden lo contrario -, entendemos que en el contrato no podrá pactarse la posibilidad de que el banco proceda al cierre de la cuenta sin comunicación previa al cliente o con un plazo inferior a los aludidos diez





días. Al ser el contrato de cuenta corriente bancaria uno de adhesión, resulta aplicable el art. 988 del Código Civil y Comercial, que declara como abusivas a aquellas cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplíen los derechos del predisponente que surjan de normas supletorias. En los supuestos mencionados, se estarían ampliando los derechos del banco predisponente, por lo que la cláusula resultaría abusiva". (Alterini, conf. ob. Cit. Pag. 132)

Con ese norte de marcha, también me permito señalar que, en relación al rechazo de cheques por insuficiencia de fondos, el BCRA tal como alega la demandada en su contestación de demanda, debe efectuarse en función de las siguientes previsiones: *"Falta de fondos disponibles suficientes acreditados en cuenta y/o autorización al cuentacorrentista para girar en descubierto, sin perjuicio del pago parcial conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Cheques, que podrá efectuar la entidad. 6.1.1.2. En caso de que la devolución reconociera causas concurrentes con la de insuficiencia de fondos procederá el rechazo por esta última circunstancia, inclusive cuando se trate de cuentas cerradas o de suspensión del servicio de pago previo al cierre de la cuenta, dispuesto de conformidad con la presente reglamentación y de cheques emitidos luego de la fecha de notificación del pertinente cierre. Para documentos emitidos hasta la fecha de notificación del cierre, procederá su pago o rechazo por "Sin fondos suficientes disponibles en cuenta", según que se haya efectuado o no la correspondiente provisión de acuerdo con lo que se prevé reglamentariamente. No prevalecerá el criterio de considerar la causal "por falta de fondos" cuando el cheque se devuelva por los motivos previstos en el punto 6.1.3., excepto en las siguientes situaciones: i) Se presenten irregularidades en la cadena de endosos. ii) Se verifique la situación prevista en el segundo párrafo del punto 6.4.6.1. (insuficiencia de fondos para abonar el cheque de no haberse producido el hecho doloso). iii) Insuficiencia de fondos de no haberse dispuesto la medida cautelar, conforme a lo indicado*



*en el último párrafo del punto 6.4.6. En esos casos se aplicará lo establecido en el primer párrafo de este punto”*

Por otra parte, se establece el mecanismo de comunicación al cuentacorrentista: “ 6.4.3. *Al producirse cada uno de los rechazos previstos en los puntos 6.1.1., 6.1.2. y 6.3. -excepto en la situación prevista en los dos últimos párrafos del punto 6.3.3.-, el girado procederá a comunicarlo -en forma fehaciente- al librador, cuentacorrentista, mandatario, apoderado, administrador, o figuras similares, dejando constancia en su respectivo legajo, y a los avalistas, dentro de las 48 horas hábiles de producido, y al Banco Central de la República Argentina en la oportunidad y mediante las especificaciones de la guía operativa.”*

*“Cada comunicación al Banco Central de la República Argentina incluirá informaciones, referidas a esas situaciones, con una antigüedad no mayor de 10 días hábiles bancarios. 6.4.4. Simultáneamente, el girado procederá a comunicarlo -en la misma forma- al tenedor o presentante con indicación de la fecha y número de la aludida comunicación al Banco Central, lo cual se considerará cumplido si esos datos se incluyen en el cheque que se devuelve. 6.4.5. El tenedor de un cheque rechazado por insuficiencia de fondos o falta de registración podrá comprobar la comunicación de dicha circunstancia al Banco Central de la República Argentina, visitando el sitio que esta Institución posee en Internet ([www.bcra.gob.ar](http://www.bcra.gob.ar)) o bien -a fin de contar con una constancia fehaciente- requerir una certificación oficial presentando una solicitud -con cargo- por cada cheque consultado, mediante el procedimiento establecido al efecto. Cuando con la insuficiencia de fondos concurriera la de existencia de denuncia de extravío y -eventualmente- el titular no haya acreditado la pertinente iniciación de gestión en sede judicial dentro del plazo establecido (10 días corridos a partir del respectivo rechazo) podrá efectuarse dicha comprobación una vez transcurrido el citado término. 6.4.6. No corresponderá la comunicación al Banco Central de la República Argentina de los rechazos motivados por: 6.4.6.1. La falsificación o adulteración de*



*cheques. Será requisito indispensable que el cuentacorrentista cumpla la exigencia a que se refiere el punto 7.3.3.2. i) de la Sección 7. En el supuesto de adulteración, el rechazo del cheque no se comunicará cuando existan fondos suficientes para pagarlo de no haberse producido el hecho doloso. 6.4.6.2. El pago de cheques falsificados o adulterados. 6.4.6.3. Errores imputables a la propia entidad girada. No se considerará error el rechazo del cheque respecto del cual haya mediado autorización verbal para girar en descubierto. 6.4.6.4. Haberse dispuesto medidas cautelares sobre los fondos destinados para el pago del cheque, en tanto dicha circunstancia haya sido desconocida por el librador en oportunidad de su emisión, lo que deberá ser suficientemente acreditado por éste, a satisfacción de la entidad girada. 6.4.6.5. Haberse declarado judicialmente el concurso preventivo del librador y siempre que se trate de cheques de pago diferido emitidos hasta el día anterior a la fecha de presentación de la solicitud de apertura de ese proceso y su fecha de pago sea posterior a ella. Además, en los casos de los puntos 6.4.6.2. a 6.4.6.4. los rechazos no se comunicarán únicamente en los casos en que hubiera sido posible atenderlos con el saldo existente en la cuenta de no haberse efectivizado el pago, incurrido en el error o dispuesta la medida cautelar.”*

Admite la demandada que la parte actora si bien el 18/09/2007 inicia su actividad operativa en cuenta corriente con un saldo negativo de \$ 1.588,30 – sosteniendo que en ese momento ya los cheques habían sido presentados al cobro el día anterior, “*la cuenta no contaba con fondos suficientes para afrontar el pago de los cheques ya que el depósito N° 46227727 por la suma de \$ 7.800 fue efectuado el día 18/09/2007, conforme surge de los resúmenes que se acompañan*” (Ver contestación de demanda fs. 122).

Es decir que ello corrobora lo manifestado por la actora en cuanto: “*Del corte de extracto (acompañado en autos) solicitado a la entidad bancaria surge que a la fecha de los tres rechazos (18/09/07) existían saldo acreedor por un total de \$ 7.340,81, a más del acuerdo de girar en*



*descubierto por un total de hasta \$ 2.000, mi parte cubriría suficientemente con los fondos existentes en la cuenta el débito de los tres cheques que hacían un total de \$ 8.100...”. (Ver demanda)*

En consecuencia, sin previa notificación del cierre de la cuenta, el banco no observa que la suma depositada por el cliente, si bien al día siguiente de la presentación al pago de los cheques librados, podría remediar en una suerte de segunda oportunidad la situación fáctica de falta de fondos. Pareciera que cerrar abruptamente una cuenta corriente no obstante el depósito tardío y la modalidad de girar en descubierto, sin analizar la posibilidad al menos de efectuar pagos parciales o considerar una nueva presentación de los cheques, no resulta en el caso concreto una conducta adecuada o al menos, tolerable jurídicamente.

Además, el banco debe comunicar en forma inmediata al cuentacorrentista el rechazo de los cheques, dejando constancia en su legajo, y al Banco Central para su cómputo, sin perjuicio si correspondiere de su inclusión dentro de la “Central de cheques rechazados”, que administra.

Ello no fue cumplido por el banco demandado. Como ya dije, no se advierte que el banco demandado haya alegado y probado que comunicó de modo fehaciente con anticipación de 10 días, el cierre de la cuenta corriente. Ello ha generado una conducta intempestiva, que evidentemente ha sorprendido al cliente, quien alega que contaba con el dinero suficiente para neutralizar la falta de fondos y que además tenía a su favor autorización para girar en descubierto.

Sostengo que si el banco demandado no ha notificado con diez días de anticipación el cierre de la cuenta ha generado en la actora una suficiente expectativa de poder reunir fondos suficientes para cumplir con el pago de los cheques con efecto diferido. No debe ser el banco tan riguroso cuando omitió notificar el cierre de la cuenta para proceder a su extinción. Sin considerar la autorización tácita para girar en descubierto o determinar y



comunicar en forma fehaciente el alcance de su hipotética reducción, deviene intempestiva la conducta del banco demandado.

En la tarea de apreciar la prueba pericial contable he de integrar también aquella pericia dispuesta por este Tribunal como medida para mejor proveer, por interpretar que atiende la totalidad de los puntos periciales propuestos por las partes y solicitados por esta Alzada (Doct. Art. 474 CPCC) Sin embargo, he de señalar puntualmente en que puntos de pericia me he de apartar de las conclusiones de los peritos contables al dar mayor prevalencia a la conducta de las partes como medio de prueba.

Con mención de la jurisprudencia de la CSJN se ha señalado que si bien las conclusiones de los peritos no obligan a los jueces en la valoración de la prueba, para prescindir de la pericia se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos con mayor convicción (CSJN, 13/08/1998, “Soregaroli de Saavedra, María Cristina c/ Bossio, Eduardo César y otros”, Fallos, T. 321, p. 2118), (Citada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 27/12/2012, DJ 10/07/2013, “Buquet, Ricardo Arturo s/ Ordinario”, Cita Online: AR/JUR/77619/2012).

Más allá de haberse establecido que no operó en autos una causal que ampare la conducta del banco, refuerza la responsabilidad del demandado que los cheques fueron rechazados el día 18 de septiembre de 2007, es decir el mismo día en que la actora depositó la suma de \$ 7.340, 81, de modo que si se considera ese importe y que además tácitamente estaba autorizada a girar en descubierto, resulta prematuro el cierre de la cuenta corriente bancaria, aun argumentando que los cheques debían haber sido efectivos el día anterior. (Ver detalle de pericia pto.e presentación del 6/12/18 ).

Se tornan difusos los horarios en que el banco pudo haber rechazado los cheques, considerándose que en la misma fecha la actora efectuó un depósito. Ello debió ser esclarecido por el demandado.

En caso de duda, la situación debe interpretarse a favor del adherente. Si la jurisprudencia ha admitido la reapertura de una cuenta



corriente, a los efectos de no agravar la insolvencia del deudor, no se advierte que gravamen pueda causar al banco o a terceros (en particular los tenedores de los controvertidos cheques), mantener abierta la cuenta corriente cuando el mismo día que se rechazaron los cheques, la cuentacorrentista había efectuados depósitos (admitidos por el banco demandado), contaba con autorización tácita para girar en descubierto y además el banco estaba autorizado a hacer pagos parciales.

En relación a los horarios y fechas de los rechazos de los cheques controvertidos, afirma la perito contadora en el escrito electrónico del 6/12/18 en ocasión de responder la medida para mejor proveer dispuesta por este Tribunal que, consultando la documental “Consulta de Cheques Rechazados” se desprende que el Cheque N° 810876719 de \$ 3.100, ha sido rechazado el día 18/09/2007 a las 21:00 hs. Causas sin fondo suficientes (Ver pericia contable pto. c). Nótese la hora del rechazo, y el depósito de la actora que necesariamente debió ser efectuado en horario operativo bancario, es decir entre las 10 y las 15 hs.

Sigue diciendo la perito contadora: *“Cheque N° 81086597 de \$ 3.000, rechazado el día 18/09/2007 a las 10:00 hs. Causa sin fondos suficientes”*. Inclusive no consta con exactitud el horario del rechazo de uno de los cheques. Afirma la perito contadora: *“Cheque N° 81087565 de \$ 2.000, rechazado el día 18/09/2007, no pudiendo verificarse el horario del rechazo”* (Ver pericia contable del 6/12/18).

Si bien en relación a este último la perito, y en consecuencia del pedido de explicaciones motivado por la demandada, ha manifestado que el horario del rechazo no se encuentra legible (ver presentación del 3/6/19), lo cierto es que ello no altera lo sustancial del caso que es la falta de colaboración de la demandada en el esclarecimiento de los hechos.

En este aspecto resulta verosímil el agravio en cuanto el apelante sostiene: *“El día 18/9/2007, día de los tres rechazos en la cuenta corriente había saldo como consta en extracto ofrecido como prueba por la actora a fs. 7 y por la demandada a fs. 114, que si bien fue desconocido por la*



*demandada y no cotejado por la experta, lo cierto es que en el resumen de cuenta sobre el que se hizo el dictamen pericial lucen los mismos ítems del extracto de fs. 7, volcados en el resumen periciado a fs. 234 vta. y fs. 235.”*

*“Agrego a ello que consta en el cheque de \$ 3.100 N° 81846719 fecha y hora del rechazo 18/09/2007 a las 21: 00 hs. por lógica deducción al cierre del día 18/9/07 existían fondos como debió haber cotejado el perito y dictaminado correctamente para no hacer incurrir al sentenciante en error de juzgamiento”. (Ver expresión de agravios fs.392 vta.).*

La composición del saldo al 18 de septiembre de 2007, fecha en que se rechazaron los tres cheques no ampara de ningún modo la decisión del cierre de la cuenta corriente, considerándose además la razonable relación de cooperación y confianza que caracteriza al contrato que el banco de modo unilateral ha extinguido. En este contexto el cierre de la cuenta corriente bancaria resulta intempestivo. La incidencia económica de la cuenta corriente es superlativa para la eficacia y dinamismo del desarrollo comercial del cliente.

Como ya dije, debe tenerse en cuenta que la reglamentación incluso autoriza al Banco a efectuar pagos parciales de los cheques, y en este aspecto sin perjuicio del debate relacionado con la temporaneidad del depósito efectuado por la cuentacorrentista, no puede soslayarse los efectos de la autorización tácita para girar en descubierto.

El banco demandado no probó que al momento del cierre de la cuenta el actor carecía de autorización para girar en descubierto o que su importe fuera insuficiente para afrontar el pago de los cheques, o que haya ejercido en forma irrazonable el permiso para aplicar ese beneficio generado por contrato o tácitamente por la relación de confianza entre el banco y los clientes.

Considero relevante remarcar lo informado por la perito en su escrito del 6/12/18 en cuanto señala: “según extracto bancario de septiembre de 2007 se verifica que no contaba con los fondos suficientes a la fecha de presentación al cobro (faltándole \$759,19), el día que se rechazan los





mismos (18--09-07), se verifica un concepto de cuenta bloqueada que de no ser así y teniendo en cuenta lo dicho por la actora de contar con un giro en descubierto de \$2.000 podrían haber sido cubiertos los fondos” (ver respuesta pto. e)

Las manifestaciones que al respecto hace la demandada en su escrito del 18/2/19, en cuanto insiste en que la actora no contaba con fondos disponibles en su cuenta corriente, desatienden los argumentos que hemos venido exponiendo, ello en relación a la carga de la prueba y el giro en descubierto, sus alcances y modalidades, como así también el deber de cooperación que se encuentra en cabeza del profesional bancario, quien con su obrar, desconoció la existencia de fondos disponibles al momento del rechazo de los cheques, ello como aditamento a la falta de acreditación del cierre amparado en una causal reglamentaria o dando cumplimiento a lo normado por el art. 792 del Cód. de Com.

Entiendo que cuando el cuentacorrentista deposita en su cuenta o intenta hacerlo, es decir cuando se le rechaza esa posibilidad, la extinción del contrato que realizó el banco -por ser simultánea a la voluntad de suministrar fondos para el pago de los cheques- constituye una decisión unilateral que exigía notificar el preaviso.

Si bien el banco puede optar en cerrar una cuenta corriente, esta decisión no debe quedar expuesta a su absoluta discrecionalidad, al resultar este servicio al cliente un mecanismo facilitador del giro comercial. En consecuencia, si la cuentacorrentista ha asistido al banco demandado al día siguiente hábil del vencimiento de los cheques, exhibiendo su voluntad en normalizar los fondos para cumplir con sus obligaciones y en este aspecto ha discutido con el personal del banco, sin que la demandada probara que a ese momento ya se habían rechazado los cheques o extinguido el contrato de modo unilateral, sin preaviso y comunicación fehaciente, no se ha dado cumplimiento a ese deber que caracteriza al derecho moderno de la responsabilidad civil: la prevención del daño o el obrar de conductas que no agraven la situación del deudor.





No ha alegado ni probado el banco demandado que la cuentacorrentista haya abusado con anterioridad del sobregiro y mucho menos que haya comprometido o puesto en riesgo la seguridad financiera del banco. No se ha probado la habitualidad en la emisión de cheques sin fondos. Carga probatoria que le incumbía al banco demandado.

Entiendo que la naturaleza y finalidad de la cuenta corriente bancaria, sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias e inclusive en aquellos supuestos donde el banco considera la extinción del contrato por falta de fondos o inexistencia de autorización para girar en descubierto, que no es el caso, se impone una notificación fehaciente al cuentacorrentista (arg. art. 792 C.Com) El cliente bancario no puede sorprenderse en las oficinas del banco por el cierre de su cuenta. Sostenemos la razonabilidad que en todos los casos el banco avise de modo fehaciente al cuentacorrentista de la clausura mediante una carta de cierre de la cuenta corriente bancaria, a los efectos de permitir que el cliente pueda aclarar o solucionar la situación planteada, demostrando su voluntad de proveer los fondos necesarios e inclusive como sucede en el caso, depositar dinero en la cuenta corriente o solicitar reconsideración frente a una apremiante situación financiera. No se da ningún supuesto de excepción que permita justificar la férrea negativa del banco demandado a mantener dinámica la cuenta corriente de la actora. En efecto, no se alegó ni probó actividad fraudulenta de la actora o que se haya actuado por cumplimiento a una sentencia judicial o que la actora haya incumplido los términos y condiciones del contrato con conductas que excedan el ámbito de una operativa de libranza de cheques sin fondos suficientes a la fecha de pago.

### **III. 5 conclusión**

El derecho de daños en la actualidad se caracteriza por la prevención, de allí que se generen protocolos cuyo seguimiento ha de contribuir a morigerar o eliminar diversas hipótesis de conflicto. El código de buenas



prácticas bancarias, al cual adhirió la entidad financiera demandada (ver <http://www.cacpb.org/nomina.php>) establece que, en relación a la cancelación de los servicios: *“4.1 En los casos en que la Entidad Adherente decida cancelar el servicio y resolver el contrato conforme con lo previsto contractualmente o permitido por una disposición legal, no lo hará sin comunicarlo previamente al Cliente, con una anticipación no inferior a los diez (10) días, salvo que se hubiera convenido o legalmente correspondiera un plazo diferente. 4.2. En los casos en que la Entidad Adherente no pueda continuar la operatoria de un producto, realizará sus mejores esfuerzos para ofrecer a los Clientes, alternativas sucedáneas.”*

Este código dialoga con la normativa ya citada, emitida por el Banco Central de la República Argentina. Considero que es gravitante el pto. 4.2 toda vez que en el caso concreto el Banco demandado justamente ha evidenciado una conducta incompatible con las particularidades del caso. La prevención del daño imponía evitar súbitos cierres de la cuenta bancaria en situaciones que se tornan fronterizas bastando para ello lo que se desprende de la prueba rendida en autos, es decir, la existencia de fondos el mismo día del rechazo de los cheques y en su caso, la incidencia del giro en descubierto y la posibilidad del banco de efectuar pagos parciales. El banco no ha esclarecido lo relativo al ámbito temporal de los rechazos, cuando ha quedado acreditado que la actora ha comparecido personalmente el día 18/09/07 a normalizar su situación crediticia.

La cuentacorrentista al día hábil bancario siguiente a la fecha en que los cheques fueron presentados al cobro, mostró en las oficinas del banco demandado su voluntad de pago (Ver declaración testimonial de fs. 177/vta). Ello cobra especial relevancia en relación a que el BCRA ha dictado la comunicación A 3207, que facilita un procedimiento ventajoso para los cheques rechazados por falta de fondos, buscando atender a los intereses de todos los involucrados (libradores y tenedores) y permitiendo mantener el servicio de cuenta corriente en forma regular. Expresamente se ha señalado: *“ Atento que la disposición tuvo por finalidad habilitar una vía para canalizar*



*la predisposición de los cuentacorrentistas en cuanto a la atención de las órdenes de pago libradas y, de esa forma, mantener el servicio de cuenta corriente en forma regular, cabe adecuar la normativa a los efectos de facilitar el cumplimiento del citado objetivo.”*

Si bien en el caso concreto no se alegó expresamente la situación descrita, considero que aquella normativa trasluce una suerte de necesidad de cooperación y buena predisposición de las entidades bancarias para con sus clientes frente a los devenires habituales de la operatoria comercial relativa al depósito y pago de cheques.

Teniendo en cuenta lo establecido en los puntos precedentes, tengo por acreditado que el cierre de la cuenta corriente ha sido en forma intempestiva e injustificada. Ello sin el debido anociamiento a la parte actora y sin la contemplación del saldo existente al momento del rechazo de los cheques en cuestión, teniendo relevancia la actitud renuente de la accionada a aportar la documental necesaria que se evidencia a lo largo del procedimiento y se encuentra plasmado en las pericias contables de marras, frustrando el principio de distribución dinámica de la carga de la prueba. Nótese que la Lic. Gómez ha informado a este Tribunal que en reiteradas oportunidades intentó comunicarse con el departamento de legales del HSBC Bank Argentina S.A a fin de que ponga a disposición la documentación a compulsar, sin obtener respuesta alguna y que ha motivado la intimación de fecha 2/10/18 dispuesta por esta Alzada.

Esta actitud ya se reveló con anterioridad en el expediente. Al respecto, la lic. Perez informó al Sr. Juez de grado a fs. 218 que: *“... con el fin de realizar el informe pericial contable me dirigí nuevamente al Banco HSBC sucursal San Justo, donde me informan que ellos no van a darme esa información porque es privada del Banco, y me dan un teléfono de capital donde soy atendida por la operadora me informa que tengo que comunicarme con el Sr. Diego Antivero y he llamado en reiteradas oportunidades para concretar la pericia y nunca me atiende nadie por lo tanto concurrir personalmente a florida 201 en Capital Federal, donde por*



*casualidad me encuentro con el Sr. Diego Antivero y me confirma que el nunca estaba y de casualidad pasaba por ahí dando fecha para la pericia n el día 10 de Mayo de 2012 a las 15 hrs.” (textual fs. 218)*

En consecuencia, juzgo que se encuentra probada la existencia del giro en descubierto tácito, así como también la existencia de fondos al momento del rechazo de los cheques que motivó el cierre de la cuenta corriente de la actora, ello conjugado con la posibilidad del banco de efectuar pagos parciales y de cubrir los faltantes con el descubierto que manejaba con la Sra. Mereles.

Si el banco había consentido una modalidad tácita para girar en descubierto, sin que se advierta con anterioridad y respecto a la cuenta corriente bancaria un abuso de la cuentacorrentista en desairar cheques por falta de fondos, se imponía una comunicación fehaciente a la cliente a los efectos de hacerle saber el cese de esa situación de adelanto de fondos mediante el sistema de descubierto. El banco debió probar el cese de esa modalidad. El banco solamente argumentó en torno a una reducción del descubierto.

Considero que en este contexto, la actora pudo seguir creyendo que el banco mantenía un crédito a su favor hasta una determinada suma. Sobre la obligación de probar en forma fehaciente la comunicación del cese del acuerdo en descubierto se ha pronunciado la jurisprudencia. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 23 de octubre de 2012, “Dreón, Marcelo c/ Banco Supervielle S, A, s/ Ordinario”, MicroJuris. Com MJ-JU-M-76395-arIMJJ76395).

En efecto, el cierre de una cuenta tiene insospechadas proyecciones económicas. El cierre de la cuenta debe ser la *ultima ratio*. El banco no demostró que la cuenta correntista había incurrido en alguna de las causales previstas por el BCRA. Ello sumado a los depósitos y la fecha de los rechazos, no aparece justificado el cierre.

Por último, propongo admitir los agravios en tratamiento en cuanto tener por acreditada la conducta antijurídica de la demandada y revocar la



sentencia de la instancia liminar, haciendo lugar parcialmente a la demanda, en función de lo que se analizará precedentemente. (arg. art. 902, 909, 1192, 1198 y ccdtes C.C, arts. 791, 792 y ccdtes. Cód. Com, arts. 163 inc. 6°, 375 y su doctrina CPCC; Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria BCRA (última comunicación incorporada: "A" 6762- Texto ordenado al 22/08/2019)

#### **IV. El resarcimiento.**

Resuelta la responsabilidad del caso, me abocaré al análisis de los rubros reclamados en la demanda como respuesta al principio de reparación integral (art. 1083 y ccdtes. C.C)

#### **IV. 1 El daño moral**

La actora en su demanda reclama la suma de \$50.000 o lo que en más o en menos surja de la prueba producida en concepto de daño moral a causa de los padecimientos derivados del obrar del banco accionado. Aduce que su imagen comercial, dignidad y honor han sido menoscabados seriamente por la manera de conducirse del demandado.

El daño moral puede definirse como la lesión a derechos que afecten al honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como de padecimientos físicos que los originen o espirituales relacionados causalmente con el hecho ilícito, aunque no es referible a cualquier perturbación del ánimo, y basta para su admisibilidad la certeza de que existió, siendo su naturaleza de carácter resarcitoria pues no se trata de punir al autor responsable, de infringirle un castigo sino de procurar una compensación del daño sufrido (art. 1078 CCiv.) y su estimación se encuentra sujeta a prudente arbitrio judicial, no teniendo porqué guardar proporcionalidad con el daño material, pues depende de la índole del hecho generador. (CC0102 LP RSD 149-98 cit. en JUBA 7)



Sí encuentro admisible el daño moral reclamado. Si bien en materia contractual debe acreditarse el daño moral - no se trata de un daño in re ipsa en la causa "Bressan, Walter Darío c/ Banco Galicia y Bs- As. S/ Daños y Perjuicios (Ordinario)" nro. 86/1 RS 1, del 5 de julio de 2001, al adherir al voto del Dr. Alonso, expresé: *"Es marcada la evolución del daño moral, como valor extraeconómico desde el primigenio código civil hasta su reformulación en la reforma de 1968, donde comienza a analizarse la cuestión desde el dañado y el daño y no exclusivamente desde el dañador, fenómeno que como puntualiza Ghersi "motivó la apertura del epicentro de posibilidades reparatorias, ampliándose notoriamente las fronteras de la reparación". (Ghersi, Carlos A: "La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual", "Revista de Derecho de Daños", t. 6, "Daño Moral", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 58). "Que, prescribe el art. 1198 del Código Civil que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". (Boragno, Cristian Edgardo C/ Dragoun, Jorge Y Otro S/ Daños Y Perjuicios (Sumario) Causa Nro. 213/1 R.S.D N° 25/04 sentencia del 9 de septiembre de 2004)*

La jurisprudencia ha señalado: *"El banco demandado es un comerciante profesional con alto grado de especialización y también es un colector de fondos públicos; ello le otorga superioridad sobre el actor y lo obliga a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículos 512, 902 y 909 del Código Civil). En otros términos: su condición lo responsabiliza de manera especial y le exige una diligencia y una organización acorde con su objeto, haciéndolo para poder desarrollar idóneamente su actividad negocial. Parece de toda obviedad que la conducta del Banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada en tanto profesional titular de una empresa con alto nivel de especialización. (cfr.CNCom., Sala B in re:"Giachino, Jorge c.Machine & Man", del 23.11.95,*



en LL, 1995-D, 859; ídem in re: Maqueira, Néstor y otro c. Banco Quilmes S.A., del 14/8/97) (CNComercio, Sala A, 29/09/2006: "Rodríguez, Francisco M. c/ Banco Itau Buen Ayre S. A. Publicado DJ 2007-I, 1023 Ver cita Online AR/ JUR/7368/2006)

También se ha señalado: *"Pues bien, tiene dicho la jurisprudencia que el resarcimiento del "daño moral" en materia contractual —como lo es el de la especie— debe ser apreciado con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos que toda inexecución contractual trae aparejados, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester (art. 522, CCiv., C. Nac. Com., esta sala A, 9/11/2006 in re: "González, Adolfo R. v. Transporte Metropolitano General Roca SA"; íd., 28/12/1981 in re: "Zanetta, Víctor v. Caja Prendaria SA Argentina de Ahorro para Fines Determinados"; íd., 13/7/1984, in re: "Coll Collada, Antonio v. Crespo SA"; íd., 28/2/1985, in re: "Vanasco, Carlos A. v. Pinet Casa"; íd., 13/3/1986, in re: "Pazos, Norberto v. YPF y otros" y sus citas; íd., 15/11/1996, in re: "Chavey, Angela v. Empresa de Colectivos Línea 10"; íd., sala C, 19/9/1992, in re: "Farre, Daniel v. Gerencial Fondo Administrador SA de Ahorro para Fines Determinados"; íd., sala B, 21/3/1990, in re: "Borelli, Juan v. Omega Coop. de Seguros Ltda.", entre muchos otros). A diferencia de lo dispuesto por el art. 1078, CCiv., que, en materia de actos ilícitos, establece que la obligación de resarcir el daño causado comprende la reparación del agravio moral, el citado art. 522, mismo ordenamiento legal, dispone que "en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado...". El juzgador debe, pues, apreciar "la índole del hecho generador" y las "circunstancias del caso" (art. 522 in fine) para determinar, a partir de ello, la posibilidad de una reparación del agravio moral sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual de que se trate (conf. Alterini, Ameal, López Cabana, "Derecho*





*de la Obligaciones Civiles y Comerciales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 303; en igual sentido, C. Nac. Com., esta sala A, 9/11/2006, in re: "González Adolfo Ramón....", cit. supra). Sentado lo anterior, cabe recordar que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes son suficientes para justificarlo (conf. esta C. Nac. Com. sala B, 12/8/1986, in re: "Katsikaris, A. v. La Inmobiliaria Cía. de Seguros"). El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata es, de lograr, a través de la indemnización, una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (conf. esta C. Nac. Com., sala C, 25/6/1987, in re: "Flehner, Eduardo v. Optar SA"). Como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien, libremente, debe apreciar su procedencia. Sin embargo, tal como fuera supra expresado, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta. Sentado ello, cabe adelantar que, en la especie, obran en autos suficientes elementos de juicio como para considerar acreditado el daño alegado.) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala AC. Nac. Com.,sala A Fecha: 23/10/2012 Partes: Dreon, Marcelo v. Banco Supervielle S.A. Publicado en: SJA 2013/04/17-68; JA 2013-II; Cita Online: AP/JUR/4034/2012)*

A fs. 177/vta. luce la declaración testimonial del Sr. Sergio Eduardo Maluelen, quien acompañó a la actora al Banco demandado y relató el resultado de la gestión que fue a hacer la actora al banco de la siguiente manera: *"Si, no la dejaron depositar el dinero. Ella se acercó a las cajas y le impiden depositar y le piden una autorización, entonces ella se dirige a un box, dentro de una oficinita que está a la derecha del banco y ahí la acompañé yo, la atiende un caballero y le dice que no puede depositar*





*porque la cuenta la tenía cerrada y ella le dice que no puede ser porque incluso tenía saldo a favor y que no le habían avisado nada de que tenía la cuenta cerrada, ella se pone nerviosa, discute y yo le digo vamos y después ves cómo lo resolvés este tema porque tenía la plata ahí encima porque ella ya había levantado la voz y se empezó a sentir mal, le dije vamos, vamos, se me hizo que la atendieron con indiferencia y no le daban demasiadas explicaciones de lo que estaba sucediendo” (textual ver respuesta cuarta pregunta fs. 177/vta)*

Este testimonio ilustra de la situación vivida por la actora al momento de acudir al banco a regularizar su situación financiera, tal como manifestara en su escrito de demanda.

Ahora bien, corresponde hacer la salvedad que en el presente rubro no podrá encuadrarse el reclamo por el daño a la imagen comercial que pretende la actora. En consecuencia, resulta aplicable : “el “daño a la imagen” (en el supuesto de la persona jurídica) se advierten más susceptibles de reflejarse en la pertinencia de un resarcimiento de contenido económico concreto de tipo patrimonial —que bien cabría encuadrar dentro del rubro lucro cesante si se acreditasen los extremos de menester para ello, o en el ítem de pérdida de la chance en los restantes supuestos— que en uno de índole “extrapatrimonial” (repárese en que el propio actor califica este daño como un “activo patrimonial”, ver fs. 1845). Igualmente —y es importante destacarlo—, no cabe descartar por completo la posibilidad de que quepa reconocer, ante un caso dado, la estimación de un perjuicio con ribetes imprecisos en su contenido y consecuencias, donde se hubiera evidenciado la producción de daños de la índole de los caracterizados, sólo como daño “extrapatrimonial” y en el que corresponda acoger el resarcimiento pedido (esta C. Nac. Com., esta sala A, 22/5/2008, in re: “Istmo SRL v. Viajes Ati SA Emp. De Viajes y Turismo”). Como fuere, en ambas hipótesis (esto es, sea bajo la óptica patrimonial o bien, sea desde la perspectiva extrapatrimonial) la reparación del daño bajo análisis procede siempre, ante el perjuicio demostrado y sujeto a una prudente estimación



*judicial; requiriéndose obviamente evidencia suficiente en cuanto a la pertinencia de la indemnización y sobre sus fundamentos (esta sala A, 14/12/2006, in re: "Heregal SRL v. Coca Cola Femsa de Documento © Thomson Reuters Información Legal 12 Buenos Aires"; íd., 22/5/2008, in re: "Istmo SRL...", cit. supra)." (conforme causa "Dreon" op. Cit)*

Que así las cosas, a más de la situación vivida por la actora de la que da cuenta el testigo citado, debe considerarse la angustia moral padecida por la Sra. Mereles al encontrarse desprovista del servicio bancario contratado y de ese modo, obstaculizar su operatoria comercial lo que efectivamente produce un perjuicio extrapatrimonial. Teniendo en cuenta los elementos mínimos que se han arribado al proceso, a través de la facultad conferida por el art. 165 del CPCC, considero justo y equitativo fijar el quatum indemnizatorio por el daño moral producido a través de la conducta desplegada por la entidad bancaria a la actora en la suma de **PESOS TREINTA MIL (\$30.000)**. (art. 505, 512, 522, 902, 909, 1198 y ccdtes C.C; art. 165 y ccdtes. CPCC)

#### **IV.2 Lucro cesante**

La actora en su demanda manifiesta que ha dejado de percibir sus ganancias como consecuencia inmediata del obrar abusivo de la demandada al impedirle continuar con la operatoria comercial y reclama la suma de pesos \$90.000.

Manifiesta que: *"Ella efectuaba compras a proveedores que pagaba con cheques diferidos lo que permitía mantener stock permanente de mercaderías, asimismo realizaba ventas que eran pagadas por sus clientes con tarjetas de crédito que la actora las depositaba en su cuenta bancaria para ser acreditadas. Al cerrarle la cuenta bancaria debió no solo cancelar los cheques que había emitido más los que fueron rechazados sin stock en su comercio por no contar con valores de reposición, y no pudo seguir vendiendo con tarjetas de crédito, por no tener cuenta en donde depositar*



*los cupones de venta para su acreditación, lo que indefectiblemente la llevó a tener que cerrarlo en el año 2008 pasando a ser una desocupada mas” (ver demanda fs. 13 vta.)*

El daño debe ser cierto y no eventual o hipotético. El daño resarcible constituye un elemento integrante de la noción de responsabilidad y presupuesto necesario para la acción resarcitoria, por lo que no cabe presumir que constituyen daños in re ipsa. Es preciso tener en cuenta que una acción no prospera por el solo hecho de comparecer al proceso y activarlo, sino que en un conflicto, las partes deben cumplir acabadamente con su prueba para lograr el convencimiento del juez (SCBA, Ac 83.124 S 5-3-2003, voto Dr. Negri, causa “Gomez, Walter José c/ Capuzzi, Juan Carlos s/ Daños y Perjuicios” JUBA); (doct. Arts. 60 y 354 inc. 1 C.P.C.C.).

De las pruebas ofrecidas y producidas por la actora no se evidencia el perjuicio aludido. Consiguientemente, incumplida la carga del art. 377, CPCC, no cabe sino confirmar el rechazo de su procedencia.

La jurisprudencia al respecto ha señalado: *“No será distinta la suerte del rubro “pérdida de clientes” (que cabría encuadrar como un “lucro cesante”), toda vez que si bien el actor acreditó que su relación profesional con las entidades “Fundación PH 15” (contestación a oficio de fs. 1.626/1.627), “Fundación Diversidad Divino Tesoro” (respuesta a oficio de fs. 1.666 y 1.724) y “Centro Conviven” (contestación a oficio de fs. 1.668), concluyó a causa de la información errónea brindada por la demandada al sistema de información crediticia, lo concreto es que no demostró cuánto percibía en concepto de honorarios en cada uno de los tres supuestos, no adjuntando siquiera —tal como acertadamente enuncia el a quo— facturas o declaraciones juradas que permitiesen erradicar dicha carencia probatoria. A lo anterior se suma que la autenticidad de la profusa documentación anejada al expediente (cuyas copias obran en los cuerpos I y II de estos actuados; véanse fs. 633/1.217) fue expresamente negada por la accionada (fs. 1.342vta.), lo que echa por tierra toda posibilidad del actor de acreditar la presunta ganancia dejada de percibir por su parte, como consecuencia del*



*accionar antijurídico de la contraria. Ello basta, a mi entender, para confirmar —tal como se adelantará— la improcedencia del rubro indemnizatorio bajo estudio.”* (conf. causa “Dreon” op. Cit.)

Que así las cosas, se rechaza la procedencia del rubro en análisis (art. 1068,1069 C.C y art.375 CPCC)

## **V. Intereses**

El indócil tema de los intereses ha promovido en la jurisprudencia soluciones a veces antagónicas. Este Tribunal en fallos recientes ha aplicado las soluciones brindadas por la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires en los casos “Vera” y “Nidera” (sentencias dictadas con fecha 18/04/2018 y 3/05/2018) por interpretar que dichos precedentes constituían doctrina legal.

Una actual compulsa realizada por este Tribunal con relación a la jurisprudencia de la SCBA permite advertir que en fallos posteriores a los mencionados, el Superior Tribunal Provincial ha aplicado la solución dada en las causas L. 118.587, "Trofe" y C. 119.176, "Cabrera" (ambas sentencias del 15-VI-2016), estableciendo que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cod. Civ. de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. "c", Cód. Civ. y Com. de la Nac.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). (ver JUBA B5034897).

La SCBA al sostener, reitero, luego de “Vera” y “Nidera” este criterio, también ha hecho referencia a que se trata de una doctrina legal consolidada (ver SCBA LP L. 120039 S 13/02/2019 Aguilar, Héctor Enea contra Torres Americanas S.A.. Accidente de trabajo - Acción especial; SCBA LP L. 120059 S 13/02/2019 Fernández, Cristian Ramón contra Campo Nuevo S.A.



Accidente de trabajo - acción especial; SCBA LP L. 118442 S 26/12/2018 Lama, Olga Beatriz contra Estado de la Pcia. de Bs. As. y otro/a. Accidente de trabajo - acción especial, entre otros ver JUBA B5034897). En ningún caso, en esta jurisprudencia actual y posterior a las causas “Vera” y “Nidera” se hace alusión al criterio plasmado en las mismas, debiéndose interpretar que las soluciones brindadas en esos precedentes han obedecido a un contexto muy particular, de modo que cabe inferir que no se ha modificado desde las soluciones brindadas por mayoría, en las causas “Cabrera” y “Trofe”, el criterio general en materia de doctrina legal sobre intereses.

Dicha interpretación ha comenzado a receptarse en otros Tribunales de la Pcia. de Buenos Aires (ver Cámara Civil y Comercial del dpto. judicial de Lomas de Zamora, “Ripani Enio Eugenio s/ sucesión c/ Nortur SRL y otro/a s/ Daños y Perjuicios” (Expte. LZ-12972-2012) RSD 209, Folio 1490 sentencia del 30/10/18; Cámara Civil y Comercial del dpto. judicial de Morón, Sala Segunda, “Muñoz Campos Cecilia del Carmen c/ Lucchetta Damian Luis, Thintchinian Alicia y Seguros Sura SA s/ Daños y Perjuicios” Causa MO-31377-2013 sentencia del 7/02/2019) de modo que los jueces, al dar una solución razonablemente fundada, aplican la consolidada doctrina de la SCBA en materia de intereses. (esta Sala en las causa “Denegri Sandra Elisabet c/ Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada s/ cumplimiento de contratos” (5762/1) RSDN° 118/19 sentencia del 4/7/19; “Barrios, Norma Margarita C/ Nuevo Ideal S.A. Y Otro S/Daños Y Perj.Autom. C/Les. O Muerte (Exc.Estado)” Causa N° 5645/1 RSD N° 119/19, sentencia del 4/7/19; y, con disidencia del Dr. Perez Catella, “Ayup Néstor Ramón C/ Sorrenti Vito Y Otra S/ Daños Y Perjuicios” (Causa nro. 5838/1) RSDN°131/19 sentencia del 17/7/19)

En consecuencia, propongo aplicar intereses al capital de condena desde la fecha del hecho denunciado (18/09/07) y hasta el efectivo pago mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no



alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cod. Civ. de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. "c", Cód. Civ. y Com. de la Nac.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). (ver JUBA B5034897).

#### **VI.- Las costas de Primera y Segunda Instancia**

Teniendo en cuenta que aquí se dispone la modificación de la sentencia apelada, tal circunstancia impone, sin perjuicio de la ausencia de reproches al respecto, adecuar la distribución de costas efectuada en la instancia de origen. En efecto, siguiendo el principio rector en la materia que hace soportar las mismas al vencido, propongo se impongan las costas de Primera y Segunda Instancia a la demandada (Doct. Art. 68 del CPCC) y se deje sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la sentencia apelada. Asimismo propongo se declaren abstractos los recursos por honorarios interpuestos y se difiera la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad (arts. 31, 51 DL 8904/77).

#### **A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HECTOR PEREZ CATELLA, dijo:**

Si bien comparto lo decidido por mi Colega de Sala respecto la procedencia parcial de la demanda, he de disentir con lo propuesto por el colega respecto del capítulo intereses. Si bien fue un criterio al que adherí en su momento al voto del doctor Posca, a mi modo de ver y repasando los precedentes citados en la causa "Barrios, Norma Margarita C/ Nuevo Ideal S.A. y otros s/ daños" Causa 5645, sentencia del 4/07/19, interpreto, con la relectura de los antecedentes citados, entiendo que ellos no significan un cambio de criterio en la doctrina legal de la Suprema Corte sentada en los casos conocidos como "Vera" y "Nidera", en tanto lo allí resuelto no fue materia de recurso.



Vale recordar en cuanto a los antecedentes en materia de intereses, nuestra Casación provincial se ha inclinado desde hace mucho tiempo por la aplicación de tasas bancarias pasivas para liquidar intereses moratorios, así fijó su posición sobre la utilización de tasas pasivas sobre depósitos a treinta días a inicios de la década del noventa en “Zgonc...” (C.43.858 del 21/05/1991), y lo reiteró en recientemente en las causas “Ponce...” y “Ginossi” (causas 101.774 y 94.446, ambas del 21/10/2009).

A la par, el hecho de que no se haya especificado el sistema de captación de los fondos permitió a los tribunales inferiores encontrar una salida algo más justa para el acreedor: utilizar las tasas que paga el Banco Provincia en sus captaciones realizadas por homebanking, tasas también pasivas, por supuesto, pero sustancialmente más altas que las que paga por depósitos en ventanilla, que la Suprema Corte reconoció que esa alícuota no era violatoria de su doctrina legal (in re “Zocaró, Tomás A. c. Provincia A.R.T., SA y otros s/daños y perjuicios”; RI. 118615 de fecha 11/03/2015, publicado LL 07/05/2015-7). Luego incorporada a una nueva doctrina legal conforme la cual los jueces debían utilizar la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (Ac. 119176, “Cabrera...”, del 15/06/2016). Esta doctrina legal deviene aplicable tanto a los intereses devengados en épocas de vigencia del artículo 622 del Código Civil como a aquellos que quedan bajo el imperio del artículo 768 inc. “c” del Código Civil y Comercial (posteriores al 01/08/2015). Cabe agregar que la Suprema Corte bonaerense la que ha resuelto en reiteradas oportunidades que los rubros resarcitorios pueden ser cuantificados a valores más cercanos a la fecha de la sentencia o incluso en la etapa de ejecución (entre muchos otros, véase, c. 119449 -"Córdoba..."- del 15/07/2015, c. 102963 -"Sabalette..."- del 07/09/2016, c. 120192 -"Sckandizzo de Prieto"- del 07/09/2016).

Esta pauta permitió de alguna manera, superar el valladar impuesto por la prohibición de indexación que contiene la Ley de Convertibilidad y expresar en valores actuales o cercanos a la sentencia el contenido



económico del crédito reconocido al actor y el reconocimiento legal de la noción de deuda de valor en el artículo 772 del nuevo Código Civil y Comercial a su vez brindó un mayor sustento normativo a esta modalidad de cuantificación.

Luego se advirtió que el problema aparece cuando, en contextos de aguda inflación (como el actual) se utilizan tasas bancarias para liquidar la totalidad de los accesorios por mora termina por superponer dos formas más o menos explícitas de actualización: la utilizada para el capital y la generada por el cálculo de intereses mediante alícuotas que ya internalizan la depreciación de la moneda.

Para evitar este problema cierta corriente jurisprudencial prefirió utilizar tasas puras propias de épocas de estabilidad económica desde la mora y hasta la fecha de la sentencia y de allí en adelante acudir a tasas bancarias regulares. Esta última es la modalidad que fue convalidada por la Corte Federal, en su hora el así denominado interés puro fue establecido por la Corte Suprema (Fallos: 283:235; 283:267; 295:973; 288:164; 296:115, y más recientemente en Fallos: 311:1249 y más recientemente en el caso "Fontana, Mariana A. c/ Brink's Argentina S.A. y ot." del 03/10/2017).

Para evitar este problema cierta corriente jurisprudencial prefirió utilizar tasas puras propias de épocas de estabilidad económica desde la mora y hasta la fecha de la sentencia y de allí en adelante acudir a tasas bancarias regulares. Esta última es la modalidad que fue convalidada por la Corte Federal, en su hora el así denominado interés puro fue establecido por la Corte Suprema (Fallos: 283:235; 283:267; 295:973; 288:164; 296:115, y más recientemente en Fallos: 311:1249 y más recientemente en el caso "Fontana, Mariana A. c/ Brink's Argentina S.A. y ot." del 03/10/2017).

Es dable señalar que, esa no era esa la posición que —hasta hace no mucho tiempo— había sostenido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que había resuelto, que al liquidar intereses moratorios no cabía efectuar distinguos entre rubros estimados a valores vigente a la fecha del reclamo y aquellos que se cuantifican al momento más cercano a la





sentencia, estableciendo -en cambio- un único punto de partida para todo el cálculo: el día en que se produce el daño, doctrina legal que sostuvo hasta mayo de 2018, es decir liquidación de todos los intereses desde la fecha en que se produce el daño, sin efectuar distinciones sobre el momento al cual el rubro hubiere sido cuantificado (SCBA, in re “Cabrera”, Ac. 119176, del 15/06/2016, in re “Padin”, C. 116.930, sent. del 10/08/2016-considerando "3.e" voto del Dr. Pettigiani-).

A partir de los fallos "Vera, Juan Carlos" (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y "Nidera S.A." (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018) la Suprema Corte cambia su posición en los recientes, los Ministros allí afirmaron que "la aplicación de una tasa pasiva bancaria al capital de condena determinado en el caso a valores actuales conduce a un resultado desproporcionado que sobrestima la incidencia de ciertos componentes sin causa justificada y arroja un resultado que excede de la expectativa razonable de conservación patrimonial" (fallo citado, considerando II.3.e.iii).

En este sentido se ha dicho, que si se utilizan tasas bancarias que han sido determinadas en función del fenómeno inflacionario y se las aplica en forma retroactiva sobre un capital que ya fue cuantificado teniendo en cuenta el envilecimiento del signo monetario (sea por vía de indexación, o representación actual de un cierto valor), se produce una previsible distorsión que altera el significado económico de la condena. El sistema de liquidación que ahora propone la Suprema Corte local lo que permite es evitar que los intereses moratorios terminen cumpliendo una función que en principio no le es propia: mantener el contenido económico de un capital que, en este caso en particular, ya se ha expresado en valores actuales. Esta nueva doctrina modifica y complementa lo decidido en “Cabrera”, en los casos en los que sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, los intereses moratorios sobre el crédito indemnizatorio deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda De allí en más, resultará



aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (en este punto se mantiene vigente lo resuelto en “Cabrera...” -c. 119176, del 15-6-2016, arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.) (art. 622 del Cód.Civ. -Ley 340- y 768 y sig. del Cód.Civ.Com. -Ley 26.994- RS N° 253-S Fo. 1032/8 Expte. N° 166572 Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Mar del Plata, Sala Segunda, autos caratulados “Alonso Pehuen c/ Badalini, Claudio W. y Ot.. s/ daños y perjuicios”, “Bertochi, Dora del Carmen C/ El Rápido Argentino CÍA de Micrómnibus S.A. y ot..s/ daños y perjuicios”) .

Conforme lo dicho hasta aquí, mi decisión sobre la materia es propiciar la aplicación de intereses desde la fecha del hecho y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (doct. y argumento artículo 772 del C.C.) a la tasa de interés puro del 6% anual establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de allí en más, la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (conf. Doctrina legal S.C.B.A “Cabrera” C. 119.176 sent. 15-5-2016, “Vera” C. nro.: 120.536 sent. 18/04/ 2018).

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, **VOTO POR LA NEGATIVA**

A la misma cuestión planteada, el Dr. Taraborrelli adhiere al voto del Dr. Posca y **VOTA POR LA NEGATIVA.**

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMON DOMINGO POSCA, dijo:**

Visto el acuerdo arribado al tratar la primera cuestión, propongo: **A) SE ADMITAN PARCIALMENTE** los agravios presentados por la parte actora y en consecuencia **POR MAYORÍA: 1°) SE REVOQUE** la sentencia apelada y



en su consecuencia **SE HAGA LUGAR** parcialmente a la demanda entablada **Eva Natalia Mereles** contra **HSBC BANK ARGENTINA S.A** condenando a estos últimos a pagar a la primera la suma de **PESOS TREINTA MIL (\$30.000)** dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente sentencia aplicándose intereses desde la fecha del hecho denunciado (18/09/07) y hasta el efectivo pago mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cod. Civ. de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. "c", Cód. Civ. y Com. de la Nac.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). (ver JUBA B5034897) **2° SE IMPONGAN** las costas Primera y Segunda Instancia a la demandada en su carácter de vencida (art. 68 CPCC) **3° SE DEJE SIN EFECTO** la regulación de honorarios practicada en la sentencia apelada y **SE DECLAREN ABSTRACTOS** los recursos incoados al respecto **4° SE DIFIERAN** las respectivas regulaciones de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 31, 51 DL 8904/77).

#### **ASI LO VOTO.**

Por análogas consideraciones, los Dres. Pérez Catella y Taraborrelli también adhieren al voto que antecede y **VOTAN EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, dictándose la siguiente:

#### **S E N T E N C I A**

**AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede, éste Tribunal **RESUELVE: A) ADMITIR PARCIALMENTE** los agravios presentados por la parte actora y en consecuencia **POR MAYORÍA: 1° REVOCAR** la sentencia apelada y en su



consecuencia **SE HAGA LUGAR** parcialmente a la demanda entablada **Eva Natalia Mereles** contra **HSBC BANK ARGENTINA S.A** condenando a estos últimos a pagar a la primera la suma de **PESOS TREINTA MIL (\$30.000)** dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente sentencia aplicándose intereses desde la fecha del hecho denunciado (18/09/07) y hasta el efectivo pago mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cod. Civ. de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. "c", Cód. Civ. y Com. de la Nac.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). (ver JUBA B5034897) **2°) IMPONER** las costas Primera y Segunda Instancia a la demandada en su carácter de vencida (art. 68 CPCC) **3°) DEJAR SIN EFECTO** la regulación de honorarios practicada en la sentencia apelada y **DECLARAR ABSTRACTOS** los recursos incoados al respecto **4°) DIFERIR** las respectivas regulaciones de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 31, 51 DL 8904/77) **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**



Causa N°: 4806 /1