



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Buenos Aires, a los 15 días del mes de julio de dos mil veintidós, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Prosecretaria Letrada de Cámara, para entender en los autos caratulados **“ASOCIACIÓN POR LA DEFENSA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES -ADUC- contra HSBC BANK ARGENTINA S.A. sobre ORDINARIO”** (Expediente N° 35138/2015) originarios del Juzgado del Fuero N° 4, Secretaría N° 8, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 CPCC, resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. *Alfredo Arturo Kölliker Frers* (Vocalía N° 2), Dr. *Héctor Osvaldo Chomer* (Vocalía N° 1) y la Dra. *María Elsa Uzal* (Vocalía N° 3).

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara **Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers** dijo:

I. LOS HECHOS DEL CASO.

(1.) La *Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores* (en adelante, ADUC) promovió demanda colectiva contra el *HSBC Bank Argentina S.A* requiriendo que se ordenara *el cese del cobro de cargos o comisiones encubiertas en la operatoria de adquisición de dólares con finalidad de ahorro y la restitución a los clientes afectados de las sumas por ese concepto percibidas*, con más sus respectivos intereses y las costas del pleito.



La accionante principió por justificar su legitimación para demandar del modo en que lo hizo. En ese sentido, recordó lo previsto por el art. 43 CN y los arts. 52, 55 y cdtes. de la LDC. Explicó que la asociación se hallaba debidamente inscripta y que la potestad para invocar la representación colectiva de consumidores y usuarios le era reconocida por la normativa aplicable. Reseñó, además, la evolución jurisprudencial de las acciones de clase. Indicó que existió un hecho único consistente en el incremento unilateral, incausado e inconsulto del costo de las denominadas operaciones de dólar ahorro o compra para tenencia de billetes extranjeros en el país a sus clientes que poseían autorización emitida por la AFIP, implicando ello no sólo una comisión o cargo encubierto, prohibido por la normativa del BCRA, sino también un ejercicio abusivo de su actividad que causó una lesión a una pluralidad relevante de usuarios del banco demandado.

Con respecto a la cuestión de fondo, la accionante explicó que consideraba que el precio al que el banco demandando vendía dólares para ahorro o tenencia a sus clientes -superior al precio previsto para esa moneda por el Banco de la Nación Argentina (en adelante, BNA)- constituía un cargo o comisión encubierta cuya percepción era ilegítima.

Indicó que, a partir del año 2014 el BCRA, mediante la Comunicación A 5526, habilitó la posibilidad de que las personas físicas residentes adquieran billetes en moneda extranjera para tenencia, acceso que se encontraba vedado desde el mes de julio del año 2012 en virtud del dictado de la Comunicación A BCRA 5318. Manifestó que la Comunicación A 5526 regulaba el acceso al mercado local de cambios de personas físicas para la formación de activos externos, el cual dependía de los ingresos que las personas tuvieran declarados ante la AFIP. También reguló que la adquisición de moneda extranjera sólo podía efectuarse con débito a una cuenta a la vista abierta en entidades financieras a nombre del cliente o con transferencia vía MEP a favor de la entidad interviniente de los fondos desde cuentas a la vista del cliente abiertas en una entidad financiera o con pago con cheque de la cuenta propia del cliente.

Apuntó que, como antecedente a esta Comunicación del BCRA, tres (3) días antes la AFIP dictó la Resolución 3583 que reguló la compra de moneda extranjera para tenencia por parte de personas físicas. Añadió que el único punto no



previsto en dicha Resolución era el tipo de cambio aplicable, que la Resolución 3450 expresamente habría señalado como el tipo de cambio vendedor del BNA al cierre del día anterior.

La actora siguió indicando que a partir de noviembre de 2011 se empezaron a publicar dos (2) cotizaciones del dólar, el oficial y el llamado “dólar blue o dólar paralelo”, siendo que el acceso de los particulares a las operaciones de dólar ahorro o compra para tenencia de billetes extranjeros en el país fue negado desde el mes de julio de 2012, primero por la AFIP y luego normativizado por el BCRA a través de la comunicación A 5318, restableciéndose la posibilidad a partir de enero de 2014.

Postuló que, sin embargo, el banco demandado encubiertamente percibió una comisión o cargo por la venta de moneda extranjera que realizó a sus clientes, cobrando un sobreprecio sobre el tipo de cambio oficial, cuando la normativa -Comunicación A 5460 y A 5511- prohibía la percepción de comisiones y cargos en este tipo de operaciones financieras.

Señaló que existirían diferencias entre el Mercado Local de Cambios (MLC) en el marco del cual el BCRA y la AFIP autorizaron la compra del “dólar ahorro” y compra para “tenencia para atesoramiento”, y el Mercado Único y Libre de Cambios (MULC) creado por Decreto 260/02 con la condiciones de la Comunicación A 3471, consistentes en que, por un lado, según el MLC se podían adquirir dólares con billetes pesos, lo que no es aceptado frente a las normas del MULC y, por el otro, en que no existiría ni libre oferta ni libre demanda de moneda extranjera, atento las restricciones para su adquisición. Añadió que en las Comunicaciones A 5388 y 5460 se establecieron las reglas de protección de los usuarios de servicios financieros, entre las que se contemplaban los cargos y comisiones que podían ser admitidos, los que debían ser, en todos los casos, consentidos por los usuarios. Invocó, asimismo, las normas emergentes del Código de Prácticas Bancarias, como de la Declaración Universal de Derechos de los Usuarios del Servicio Bancario y Financiero, arguyendo que la accionada habría incumplido con las exigencias que la Constitución establece en relación con la información adecuada y veraz que debe brindar a los usuarios y consumidores, a condiciones de trato equitativo y a la protección de sus intereses económicos,



generando en perjuicio de los usuarios falsas creencias acerca de sus derechos y las correlativas obligaciones de la empresa.

Postuló que, en el caso, al cobrarse comisiones prohibidas en forma encubierta, no existía consentimiento reflexivo del cliente, por lo que correspondía el reintegro de lo percibido en forma incausada. Agregó que los pagos así realizados serían fruto de una operatoria ilegal y nula, por lo que la suma debía ser restituida a quienes efectuaron los pagos sin causa, conforme art. 1796, inc. a) del Código Civil.

Invocó que se encontraban afectados los derechos a la información y a la propiedad. Respecto del primero, fundó su postura en que una comisión o cargo encubierto, una suma adicional sin justificación alguna y sin información en la operatoria de las denominadas operaciones de dólar ahorro y compra para tenencia de billetes extranjeros en el país que realiza el banco a sus clientes, sin que se explique ni el origen de los mismos, ni sus alcances concretos, ni ninguna otra información adicional que permita a los usuarios comprender los efectos de la medida, no cumpliría con los requisitos que la Constitución Nacional y la ley prevén para asegurar el derecho a la información de los usuarios. Con relación al derecho a la propiedad, éste se encontraría lesionado por la conducta del banco demandado consistente en el cobro de las sumas de dinero por encima de la cotización oficial aplicable a las operaciones de que aquí se trata.

Finalmente requirió la aplicación de la multa civil prevista en el art. 52 LDC en concepto de “*daño punitivo*”.

(2.) Corrido el pertinente traslado de ley, se presentó a fs. 159/195 la entidad bancaria demandada, solicitando se declare la inadmisibilidad formal de la acción instaurada en su contra, planteando la *excepción de falta de legitimación activa* y, en subsidio, contestando la demanda, solicitando su rechazo con costas.

Con respecto al modo en que fuera propuesta la demanda, como asimismo en cuanto a la ausencia de legitimación de la actora, sostuvo que la demanda intentada se trataba de un “caso artificial”, sustentado en artículos periodísticos y/o rumores que jamás podrían ser demostrados. Indicó asimismo que la conducta que le endilgara la accionante en punto a la utilización de un tipo de cambio distinto para la venta de moneda extranjera, del fijado por el BCRA, resultaba ser una práctica adoptada por todas las entidades bancarias –con excepción



del Banco de la Nación Argentina-, por lo que la demanda propuesta adolecía de un grave defecto, en tanto no se accionó contra todas las entidades bancarias y casas de cambio con la debida intervención del BCRA, lo que impedía la prosecución de las actuaciones defectuosamente iniciadas.

Postuló asimismo que en el caso no había un interés general de los consumidores, tampoco derechos de incidencia colectiva que se hubieran visto afectados, resultando en rigor, una sumatoria de derechos subjetivos de carácter patrimonial, individuales y divisibles que encontraban su origen en contratos celebrados en circunstancias muy disímiles. En esas circunstancias, no se constataría en el caso la necesaria homogeneidad fáctica y jurídica entre los miembros del grupo requerida en el fallo “*Halabi*” de la *CSJN* para la procedencia de una acción de clase.

Con relación al fondo del asunto, la entidad accionada afirmó que era falso que su parte hubiera cobrado una comisión encubierta en las operaciones de compra de dólares para ahorro. Sostuvo que, contrariamente a lo expuesto por la accionante, durante el período relevante había existido un MULC y que en él las partes eran libres de fijar el valor de la divisa estadounidense que estimaran adecuado, incluso si aquél fuera mayor al valor al que el *BNA* decidía ofrecer el mismo bien. Explicó que, entonces, esa diferencia entre las cotizaciones no respondía al cobro de una comisión o de un cargo encubierto, como denunció la accionante, sino a la decisión legítima de la entidad de ofrecer dólares a la venta a un precio mayor al escogido por la entidad estatal.

Remarcó, en oposición a lo sostenido por la actora, que a pesar de las restricciones impuestas por la Resolución General 3450/2013, la Resolución General 3550/2013 y la Resolución General 3583/2014 de la AFIP, el MULC no había sido derogado y que no se había impuesto un tipo de cambio fijo para todas las operaciones de cambio en dólares sino que, meramente, se había establecido un requisito -la autorización estatal- para poder acceder al mercado así como también la obligatoriedad de efectuar una retención a cuenta del impuesto a las ganancias. Añadió a lo dicho que la AFIP nunca hubiera podido establecer un tipo de cambio fijo por no hallarse tal tipo de regulación en el ámbito de su competencia. Manifestó que lo que aquel ente había hecho había sido establecer el valor de referencia del dólar únicamente para la determinación de las percepciones que debían efectuarse.



Por otra parte, recordó que los usuarios prestaban su consentimiento expreso a la conclusión del contrato de adquisición de divisas en los términos propuestos por su parte y que, si no estaban de acuerdo con las condiciones, podrían optar por realizar la operación en otra entidad.

Finalmente, se opuso a la procedencia de una condena por daño punitivo.

(3.) Integrada la “*litis*” de este modo, a fs. 299 se resolvió abrir la causa a prueba y, habiéndose producido las ofrecidas del modo que da cuenta la certificación actuarial de fs. 735/736, los autos fueron puestos a los efectos del art. 482 CPCC con fecha 11.08.2020, habiendo hecho uso del derecho a que refiere esa norma ambas partes mediante los escritos presentados el 10.09.2020, dictándose finalmente pronunciamiento definitivo el 03.03.2022.

II. LA SENTENCIA APELADA.

Así planteado el caso, en su sentencia el Señor Juez de la anterior instancia resolvió: (i) rechazar la excepción de falta de legitimación activa interpuesta, (ii) declarar abstracto el pronunciamiento sobre la pertinencia del cese por parte de la demandada de la percepción de un *plus* sobre el precio del dólar establecido por el BNA, (iii) rechazar la procedencia de la restitución reclamada por la accionante y (iv) imponer las costas del fondo de la controversia a la actora en su calidad de parte perdedora.

Con respecto a la excepción de falta de legitimación activa interpuesta, el juez *a quo* consideró que en la especie existía un (1) hecho único capaz de lesionar derechos de una pluralidad de sujetos: el aparente cobro indebido -según invocaba la actora- por parte del banco demandado de una *comisión en la compra de dólares estadounidenses destinados a ahorro*. Señaló que la pretensión se centraba en los efectos comunes para toda la clase de sujetos involucrados, en la medida que la conducta que se cuestionaba afectaría de la misma manera a todos los usuarios bancarios que hubiesen realizado tales operaciones. Con ese fundamento, decidió rechazar la excepción interpuesta por la accionada.

Sentado ello pasó a analizar las cuestiones de fondo que se le plantearon. En relación a la pretensión de que se dispusiera el *cese de la conducta antijurídica consistente en el cobro de una comisión encubierta en las operaciones*



de adquisición de moneda extranjera para ahorro, el magistrado indicó que ésta devino en abstracta, toda vez que la Circular A 5850 del 17.12.15 del BCRA y sus complementarias habían establecido -al momento del dictado de la sentencia recurrida- la liberalización de las restricciones y controles cambiarios y el retorno al MULC que rigió hasta noviembre de 2011.

Con respecto a la pretensión de obtener una *restitución de las sumas supuestamente cobradas en concepto de cargos o comisiones encubiertas*, luego de citar el dictamen fiscal, el juez *a quo* concluyó que no se había demostrado la existencia de un obrar antijurídico por parte de la entidad demandada toda vez que en las operaciones que habían motivado este pleito -es decir, las de adquisición de moneda extranjera para ahorro- el tipo de cambio estaba sujeto únicamente a lo que las partes libremente acordaran. Ello era así toda vez que en el mercado libre de cambios, que regía también al momento en que se concertaron las operaciones en cuestión, los operadores fijaban el tipo de cambio sin más restricciones que los recaudos que el BCRA impusiera.

Luego, recordó la carga que el art. 377 CPCCN impone en cabeza de los litigantes de demostrar los extremos que sustenten sus respectivas posiciones y concluyó que la actora había incumplido dicha carga en tanto no había logrado demostrar la percepción de las comisiones o cargos encubiertos que alegó.

III. LOS AGRAVIOS.

(1.) Contra dicha decisión se alzó únicamente la parte actora mediante el recurso de apelación interpuesto de manera electrónica el 09.03.2022, el que fue concedido el 10.03.2022 por la misma vía. Dicho recurso fue fundado a fd. 865/887, habiendo merecido respuesta por parte de la demandada en fd. 889/894.

(2.) En su recurso, la accionante cuestionó que se hubiera rechazado su petición de obtener la *restitución de los cargos o comisiones encubiertas cobradas a los clientes del banco demandado al realizar transacciones de compra de dólares para ahorro*.

Adujo que la sentencia apelada era contradictoria, en tanto reconocía que existían limitaciones para realizar la operación en cuestión pero, al mismo tiempo, sostenía que el MULC no había sufrido afectación alguna. Sostuvo que en el período en cuestión no había existido la libre oferta ni demanda de dólares dado que



los consumidores sólo podían adquirir la cantidad de dólares que la *AFIP* les autorizara y, además, eran cautivos del banco, dado que la operación sólo podía ser realizada por el consumidor en un banco en el que tuviera una cuenta abierta. Explicó que los clientes de la entidad demandada se encontraban cautivos de aquélla para la adquisición de dólares puesto que la única alternativa era abrir una cuenta en otro banco, opción inviable por lo engorrosa y costosa.

Recordó que las Comunicaciones A 5526, 5531 y 5547 habían prohibido la percepción de comisiones y cargos para la compra de dólares y que, sin embargo, en el caso se había demostrado que el banco demandado había cobrado a sus clientes montos de aproximadamente treinta centavos (30 ctvos.) de peso por cada dólar adquirido, ganancia que, juzgó la accionante, era indistinguible de la percepción de una comisión o cargo encubierto y que, por ello, era ilegítima por hallarse expresamente prohibido el cobro de tales conceptos.

Señaló que la Resolución nro. 3583 de la *AFIP*, por su remisión a la Resolución nro. 3450, había receptado el tipo de cambio oficial vigente en el período relevante y que, a los efectos de la determinación de la retención que debería efectuarse en cada compra de dólares para ahorro a cuenta del impuesto a las ganancias, dicha agencia había referido al tipo de cambio fijado por el *BNA*, siendo impensable que hubiera estimado una base de cálculo inferior a la que efectivamente correspondiera aplicar.

Arguyó que la sentencia era contradictoria en tanto había reconocido la existencia del denominado “*cepo cambiario*” pero, al mismo tiempo, había asegurado que existía un *MULC*. Sostuvo que, contrariamente, el *MULC* no había existido en el período por el que se reclamó en la presente acción, esto es, el comprendido entre el año 2011 y diciembre de 2015.

Defendió que sí se había acreditado la percepción de la comisión o cargo encubierto con el peritaje contable realizado en la causa, que daba cuenta de la diferencia entre el valor del dólar fijado por el *BNA* y el valor al que la entidad demandada lo vendía a sus clientes, diferencia que era retenida por el banco.

Dijo que en el período en cuestión no existió la posibilidad de pactar un tipo de cambio entre los contratantes sino que aquél era fijo y establecido por la Resolución nro. 3583 de la *AFIP* y por la Comunicación 5526 del *BCRA*.



Sostuvo que el art. 37 LDC imponía la interpretación más favorable al consumidor del derecho, de los hechos y de las pruebas producidas.

IV. LA SOLUCIÓN.

(1.) Thema decidendum.

En función del contenido asignado por la actora a su recurso, el *thema decidendum* en esta instancia se centra en determinar si es posible concluir que la entidad bancaria demandada cobró un cargo o comisión encubierta y antirreglamentaria a sus clientes que realizaron operaciones de compra de dólar para tenencia y atesoramiento durante el período comprendido entre el año 2011 y el año 2015.

Antes de adentrarme en la solución del caso, entiendo pertinente señalar que la cuestión sometida a decisión en el presente coincide en lo sustancial con lo debatido en el antecedente de esta Sala “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores -ADUC- c/ Banco Hipotecario S.A. s/ ordinario”, expediente nro. 35470/2015, sentencia del 8.7.20, así como también con lo resuelto en “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c/ Banco Del Sol S.A. s/ sumarísimo”, expediente nro. 35206/2015, en la que esta Sala dictó pronunciamiento definitivo el 26.12.18, y en “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores -ADUC- contra Banco Santander Río s/ordinario”, expediente nro. 34145/2015, en la que esta Sala dictó pronunciamiento definitivo el 29.5.20. Similares argumentos se han planteado, además, en las causas “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c/ Banco Sáenz S.A. s/ sumarísimo”, expediente nro. 35.473/2015, y “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c/ Banco Del Sol S.A. s/ sumarísimo”, expediente nro. 35687/2015, aunque en esos casos la operatoria que mereció las quejas de la asociación actora había sido la *compra de dólar con fines turísticos*.

(2.) Repaso del marco jurídico del conflicto.

Respecto de la materia que nos ocupa, debe repararse liminarmente en que a partir de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) adoptó una serie de medidas que incluyeron el dictado de la ley N° 25561, de Emergencia Económica, por medio de la cual se dejó sin efecto el régimen de convertibilidad -ley 23.928- y se dispuso el establecimiento de un control de cambios. Dicho dispositivo



legal, en su artículo 2, facultó al Poder Ejecutivo Nacional (PEN), por razones de emergencia pública, a dictar regulaciones cambiarias. En el marco de esa delegación, el Poder Ejecutivo (PEN) dictó el Decreto N° 71/02, a través del cual delegó a su vez en el B.C.R.A la reglamentación de todos los aspectos relacionados con las operaciones de compra y venta de divisas extranjeras -conf. arg. art 3-.

Señálase al respecto que es misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda, siendo atribuciones de ese banco el dictado de normas en materia cambiaria tendientes justamente a la defensa del valor del peso argentino. Así, dentro de las funciones de dicha entidad se encuentra la de ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Congreso de la Nación (art. 4, inc. f) Carta Orgánica, ley 24144).

En cuanto a la operatoria de cambio, mediante el Decreto 260/2002 se estimó conveniente modificar el régimen de cambios que fuera establecido por el Decreto N° 71/02 y su modificatorio, disponiendo su reemplazo por el funcionamiento de un mercado libre y único de cambio a través del cual se cursarían todas las operaciones en divisas extranjeras (art. 1°), estableciéndose que las operaciones de cambio en divisas extranjeras serían realizadas al tipo de cambio que fuera libremente pactado, debiendo sujetarse los requisitos y la reglamentación que establezca el BCRA (art. 2°). Así, y en función de esta delegación, este último se habría convertido en ejecutor del sistema cambiario al haberle concedido la ley atribuciones exclusivas e indelegables en lo que refiere a la fijación de la política cambiaria, su aplicación, reglamentación y fiscalización.

En la misma fecha del dictado de ese Decreto (8-2-02), el BCRA mediante Comunicación A 3471, dispuso que, a partir del 11/2/02 operaría un Mercado Único y Libre de Cambios para todas las transacciones cambiarias, en el que el tipo de cambio resultaba del libre juego de la oferta y la demanda (ap.1) y las operaciones se realizarían contra pesos billetes, además de contra cheque propio del solicitante o con debito a cuenta (ap. 4). Se estipuló, también, que las entidades financieras y cambiarias debían dar cumplimiento a los requisitos de registro de las operaciones e identificación de sus clientes, debiendo constar en los boletos de compra y de venta de moneda extranjera la firma del cliente, quien debían presentar

Fecha de firma: 15/07/2022

Firmado por: ALFREDO ARTURO KOLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: VALERIA CRISTINA PEREYRA, Prosecretaria de Cámara

Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HECTOR OSVALDO CHOMER, JUEZ DE CAMARA



#27797045#331254436#20220715080825778

además un documento de identidad admitido para operar con entidades financieras (ap. 6).

Ahora bien, ya en octubre de 2011, mediante la RG AFIP 3210 se implementó un *Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias*, a los fines de que, para las operaciones cambiarias, se evaluara en tiempo real la situación fiscal y económica financiera del sujeto que la pretende realizar, a fin de adoptar las acciones de control y fiscalización que pudieran corresponder. Se dispuso allí que, a los fines fiscales, las entidades autorizadas a operar en cambios por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) debían consultar y registrar, mediante el sistema informático allí establecido, el importe en pesos del total de cada una de las operaciones cambiarias de venta de moneda extranjera —divisas o billetes— en todas sus modalidades efectuadas por las entidades autorizadas, cualquiera fuera su finalidad o destino, en el momento en que la misma se efectúe (incs. 1 y 2). En ese mismo sentido el BCRA dictó la Comunicación A 5239.

Cabe señalar que la Comunicación "A" 5236 (en su punto 4.2) reguló el acceso al mercado local de cambios para la formación de activos externos de sujetos residentes sin aplicación posterior específica, es decir, admitió en una primera instancia la opción de compra de dólares para ahorro.

Por su lado, la Comunicación A 5351 dispuso en su punto tercero que los tipos de cambio minoristas comprador y vendedor ofrecidos por cada entidad deben ser uniformes para todas las sucursales de la entidad en las que opere en cambios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en el caso de las casas operativas instaladas en puertos y aeropuertos internacionales, respecto de las radicadas en la ciudad capital de la provincia respectiva.

Ahora bien, la autoridad monetaria, en uso de su facultad de ejecutar la regulación cambiaria en orden a las atribuciones que cuenta en su Carta Orgánica (ley 24.144 y modificatorias), dictó a principios del mes de julio de 2012 la Comunicación "A" 5318 -levemente modificada por las Comunicaciones "A" 5330 y 5377- que dispuso expresamente la suspensión de la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2 del Anexo de la Comunicación "A" 5236, no contemplando, por ende, para los sujetos residentes en el país la posibilidad de comprar divisas extranjeras con fines de ahorro. Ello, con el objeto de delimitar la



legislación cambiaria en materia de egresos de divisas y la compra de moneda extranjera para la aplicación a destinos específicos, conformando un menú de los casos puntuales en los que se permitía el acceso al mercado de cambios para prestaciones de personas físicas residentes y no residentes (véanse puntos 3.1 a 3.12 de las citadas Comunicaciones "A" 5318, 5330 y 5377). De ese modo, si bien no se había prohibido expresamente, se *suspendió* la compra de divisas extranjeras para atesoramiento personal. En efecto, a través de la delegación legislativa que arranca de la ley 25.561, el PEN y el BCRA a través de sucesivas delegaciones complementarias, terminaron consagrando una normativa que prohibía, en su momento acceder al mercado cambiario con fines de ahorro (vulgarmente conocida como "*cepo cambiario*"), debiendo señalarse en este punto que no cabe, ni es propio -en principio- de la función judicial, un juicio valorativo sobre el obrar que condujo a esa situación sobre la decisión política que limitó el acceso al mercado cambiario del modo que lo hicieron.

Seguidamente, el 3/8/12, la AFIP dictó la RG 3356 en donde estableció que, a los fines fiscales, las entidades autorizadas a operar en cambios por el Banco Central de la República Argentina debían registrar, mediante el sistema informático establecido por la Resolución General N° 3210 y sus complementarias, el importe total en pesos de cada una de las operaciones cambiarias de venta de moneda extranjera —divisas o billetes— efectuadas por las entidades autorizadas, en todas sus modalidades y cualquiera sea su finalidad o destino, y las operaciones de compra de moneda extranjera efectuadas como consecuencia del reingreso de los fondos previsto en el inciso a) del punto 3.2. de la Comunicación "A" 5330 del Banco Central de la República Argentina, y las que en el futuro la reemplacen, modifiquen o complementen, en el momento en que las mismas se efectúen (inc. 1° y 2°).

El 30/8/12 se dictó al RG 3378 mediante la cual la AFIP consideró que las operaciones de adquisición de bienes y/o prestaciones y locaciones de servicios efectuadas en el exterior por sujetos residentes en el país, constituían un indicador efectivo de capacidad contributiva. Por ende, razones de administración tributaria y de equidad tornaban aconsejable implementar, respecto de aquellas operaciones que se cancelaran mediante la utilización de tarjetas de crédito y/o de compra, comprendidas en el Sistema previsto en la Ley N° 25.065, un régimen



destinado a adelantar el ingreso de las obligaciones correspondientes al Impuesto a las Ganancias o al Impuesto sobre los Bienes Personales.

En ese marco, se estableció un régimen de percepción aplicable sobre las operaciones de adquisición de bienes y/o prestaciones y locaciones de servicios efectuadas en el exterior por sujetos residentes en el país, que se cancelaban mediante la utilización de tarjetas de crédito y/o de compra, comprendidas en el Sistema previsto en la Ley N° 25.065 (1.1.) y (1.2.), administradas por entidades del país, ya sea por el titular de la tarjeta (1.3.), usuario, titulares adicionales y/o beneficiario de extensiones, referidos en el inciso c) del Artículo 2° de la citada ley. Se dispuso allí que las percepciones que se practicaran por ese régimen se considerarían, conforme la condición tributaria del sujeto pasible, pagos a cuenta del Impuesto sobre los Bienes Personales o Impuesto a las Ganancias, según el carácter del sujeto afectado (art. 1°).

Se estableció en dicha norma que debían actuar en carácter de agentes de percepción las entidades que efectúen los cobros de las liquidaciones a los usuarios de sistemas de tarjeta de crédito y/o de compra (2.1.) respecto de las operaciones alcanzadas por ese régimen (art. 2°). Dicha percepción debía practicarse en la fecha de cobro del resumen y/o liquidación de la tarjeta de que se tratara, aun cuando el saldo resultante del mismo se abonara en forma parcial, debiendo consignarse—en forma discriminada— en el referido documento, el cual constituía comprobante justificativo de las percepciones sufridas (art. 4°).

El importe a percibir se determinaba aplicando, sobre el precio total de cada operación alcanzada, la alícuota del 15%, indicándose que, de tratarse de operaciones expresadas en moneda extranjera debía efectuarse la conversión a su equivalente en moneda local, aplicando el tipo de cambio vendedor que, para la moneda de que se trate, fije el Banco de la Nación Argentina al cierre del último día hábil inmediato anterior a la fecha de emisión del resumen y/o liquidación a que se refiere el (art. 5°).

Ahora bien, en el art. 6 de dicha norma se dejó expresamente aclarado que las percepciones practicadas tenían, para los sujetos pasibles —titulares de las respectivas tarjetas—, el carácter de impuesto ingresado y serán computables en la declaración jurada del Impuesto a las Ganancias o, en su caso, del Impuesto sobre los



Bienes Personales, correspondientes al período fiscal en el cual les fueron practicadas.

Luego, la RG AFIP 3450 extendió el régimen de adelanto de impuesto a las ganancias y/o bienes personales a las operaciones de adquisición de servicios en el exterior contratados a través de agencias de viajes y turismo —mayoristas y/o minoristas—, del país (1.4.) y a las operaciones de adquisición de servicios de transporte terrestre, aéreo y por vía acuática, de pasajeros con destino fuera del país, siendo los agentes de percepción, en estos casos, las agencias de viajes y turismo mayoristas y/o minoristas, que efectúen el cobro de los servicios y las empresas de transporte terrestre, aéreo o por vía acuática, que efectúen el cobro de los mismos (arts. 1 y 2). La alícuota de retención se estipuló en un 20% sobre el precio total de cada operación alcanzada, añadiéndose que de tratarse de operaciones expresadas en moneda extranjera debía efectuarse la conversión a su equivalente en moneda local, aplicando el tipo de cambio vendedor que, para la moneda de que se trate, fijara el Banco de la Nación Argentina al cierre del último día hábil inmediato anterior a la fecha de emisión del resumen, liquidación y/o factura o documento equivalente (art. 5), manteniéndose el carácter de impuesto ingresado las percepciones efectuadas.

El 24/1/14, se dictó la RG AFIP 3583, en donde se estableció un régimen de percepción del 20% sobre las operaciones de adquisición de moneda extranjera efectuadas por personas físicas para tenencia de billetes extranjeros en el país de acuerdo a las pautas operativas que, en el marco de la política cambiaria, determinara el B.C.R.A, disponiéndose que dicha percepción no se efectuaría cuando la moneda extranjera adquirida fuera depositada, por un lapso no inferior a 365 días, en una cuenta de una entidad financiera comprendida en la Ley N° 21.526 y sus modificaciones, a nombre del adquirente de la misma y conforme el procedimiento que establezca el BCRA. (art. 1°). Se dispuso, como en los anteriores casos, que la percepción se consideraría como pago a cuenta del impuesto a las ganancias o a los bienes personales, según sea el caso (art. 2°). En estos supuestos, los agentes de percepción eran las entidades autorizadas a operar en cambios por el B.C.R.A, debiendo efectuarse la percepción en el momento de efectivizarse la operación cambiaria (art. 4°).



Mediante BCRA Comunicación A 5526 se dispuso que las personas físicas residentes en el país podían acceder al mercado local de cambios para las compras de billetes que realizaran por el concepto “compra para tenencia de billetes extranjeros en el país” en función a los ingresos de su actividad declarados ante la Administración Federal de Ingresos Públicos y de los demás parámetros cuantitativos que se establecían, en el marco de la política cambiaria. Dichas operaciones de compra de billetes en moneda extranjera y de divisas sólo podían efectuarse con débito a una cuenta a la vista abierta en entidades financieras a nombre del cliente, o con transferencia vía MEP a favor de la entidad interviniente de los fondos desde cuentas a la vista del cliente abiertas en una entidad financiera, o con pago con cheque de la cuenta propia del cliente.

Seguido de ello, mediante Comunicación A 5531, el BCRA dispuso que las “*compras para tenencia de billetes extranjeros en el país*” podían ser acreditadas en cuentas denominadas “Caja de ahorros Comunicación “A” 5526” que las entidades habilitaran de manera exclusiva a ese único fin y/o captadas a través de depósitos a plazo fijo, en la moneda extranjera de que se trate y de titularidad del adquirente, ya sea exclusiva o como cotitular. Esas cajas de ahorro y esos depósitos a plazo fijo no podían ser objeto del cobro de comisión alguna (apertura, mantenimiento, movimientos de fondos, consulta de saldos, etc.) y debían estar abiertas/constituidos en la entidad financiera vendedora de la moneda extranjera. A los fines de la verificación del cumplimiento del plazo mínimo de depósito, previsto por la Resolución N° 3.583/14 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, las entidades financieras debían identificar cada uno de los depósitos vinculados con “*compras para tenencia de billetes extranjeros en el país*” (fechas e importes) y los débitos que se realizaran se imputarían a reducir los saldos vinculados con las compras más antiguas. Las entidades financieras debían llevar el control de permanencia de las imposiciones desde las fechas y por los montos originalmente depositados al momento de realizar cada “*compra para tenencia de billetes extranjeros en el país*” a que se refiere la citada Comunicación, sin interrumpir el cómputo de los plazos en los casos de renovaciones de plazos fijos a su vencimiento, constitución de plazos fijos con fondos acreditados en cajas de ahorro o depósitos en



cajas de ahorro provenientes del cobro de plazos fijos, efectuados de acuerdo con el mencionado régimen.

Finalmente, mediante Comunicación BCRA A 5850, se dispuso dejar sin efecto la consulta y registro de las operaciones cambiarias en el “*Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias*” de la Administración Federal de Ingresos Públicos derogando la Comunicación “A” 5245 y sus complementarias. Asimismo, se estableció que las personas humanas residentes, las personas jurídicas del sector privado constituidas en el país que no sean entidades autorizadas a operar en cambios, los patrimonios y otras universalidades constituidos en el país y los gobiernos locales pueden acceder al mercado local de cambios sin requerir la conformidad previa del Banco Central, por el conjunto de los siguientes conceptos: inversiones inmobiliarias en el exterior, préstamos otorgados a no residentes, aportes de inversiones directas en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas, otras inversiones en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas jurídicas, compra para tenencias de billetes extranjeros en el país y compra de cheques de viajero; cuando se reúnan las condiciones allí señaladas.

(3.) Sobre la constatación -o no- en el caso de una conducta antijurídica por parte del banco demandado.

En su sentencia, el juez *a quo* resolvió que no se había acreditado en la causa que la entidad bancaria hubiera percibido comisiones o cargos encubiertos que debieran ser restituidos a los clientes que adquirieron dólares para ahorro en el período en cuestión. La accionante criticó esa decisión, arguyendo, en prieta síntesis, que no había otra forma de calificar a la diferencia entre el valor al que el BNA vendía dólares -valor que la accionante sostuvo que debía ser adoptado por las demás entidades financieras basándose para ello en lo previsto en la RG 3583 de la AFIP- y el mayor valor al que el banco demandado ofrecía el mismo bien. Adujo, además, que, al haber sido requisito para la adquisición de divisas contar con una cuenta abierta en el banco con el que se iba a realizar la operación, los clientes de la entidad bancaria eran rehenes de aquélla y no tenían más opción que operar en los términos que el banco les impusiera.



Al respecto, debe apuntarse que de una lectura de las normas citadas no surge, como la actora alega, que existiera una comisión o cargo encubierto cobrados por el banco accionado en las operaciones de dólar ahorro.

En efecto, durante el período involucrado en autos la autoridad monetaria, en uso de las atribuciones que por ley le competen, ligadas a la potestad de regulación de la cantidad de dinero y crédito en la economía, como también para el dictado de normas en materia monetaria (Carta Orgánica, ley 24.144 y sus modificaciones), ha puesto en funcionamiento distintas herramientas legales enderezadas a controlar el aludido espectro, posibilitando el acceso al mercado único y libre de cambios, bajo ciertas condiciones, con diferentes requisitos y límites y, ello aconteció en el marco de un conjunto de normas que otorga facultades de contralor monetario al *BCRA* y que complementa e integra la regulación de la actividad financiera que desarrolla el país, lo que convierte a esta entidad en el eje del sistema financiero, con atribuciones exclusivas e indelegables en lo que refiere a la política cambiaria, sin que sea función del juzgador expedirse, como se dijo, acerca de tal proceder puramente económico y/o financiero (conf. esta CNCom, esta Sala A, 9/8/13, “*Boeing S.A. s/ quiebra s/ incidente por separado (inmueble de Perú 27 Capital Federal)*”; 4/9/13, “*Konisberg, Rubén Gabriel c/ Castro Biardo Walter Hugo y otros s/ ejecución prendaria*”).

Así, si bien se establecieron restricciones a la adquisición de la moneda extranjera, ya sea para fines turísticos o para ahorro, ello no importó la suspensión del mercado único y libre de cambios, el cual, con esas limitaciones, continuó actuando. En este aspecto, no se comparte la consideración de la actora en cuanto a que no funcionaba el Mercado Único y Libre de Cambios durante el tiempo objeto de autos, pues las restricciones que *AFIP* efectuó a la compra de divisas no impidió en los hechos que aquellas hayan podido ser adquiridas tanto por personas físicas o jurídicas, y en cuanto al valor cobrado por cada institución financiera, no existían impedimentos para que los usuarios abran cuentas en aquellos bancos que, según el criterio propio de cada consumidor, le fuera más favorable. Véase que, como lo indica la Representante del Ministerio Público en su dictamen, si bien los recaudos que impuso la Comunicación A 5526 –entre otras normas- pudieron haber



afectado el valor de la divisa, ello no importó alterar el régimen bancario, imponiendo un valor único de cambio (ver fs. 7 del Dictámen de fecha 13.06.2022).

De otro lado, como también lo refirió la Fiscal General a fs.6 de su dictamen, no puede alegarse que la *AFIP*, mediante la RG 3583 o cualquiera de sus modificatorias, haya impuesto un tipo de cambio oficial para la compra o venta del dólar para ahorro. Ello pues, si bien dicho organismo es el encargado de ejecutar la política tributaria y aduanera, no tiene competencia alguna en la actividad cambiaria, dado que es el *BCRA* el competente para dictar normas en materia cambiaria (art. 4, inc. f) y 29 Carta Orgánica, ley 24.144).

Véase que la propia *AFIP* (fs. 724), manifestó que era ajeno a la competencia de dicho organismo fijar el precio de venta de la moneda extranjera, añadiendo que el tipo de cambio fijado en las RG N° 3450 y 3583 sólo resultaban aplicables para la determinación de los importes a percibir en el supuesto de operaciones celebradas en moneda extranjera.

De su lado, el *BCRA*, conforme surge de la copia aportada por dicha entidad, a fs. 578/595 señaló que el Decreto N° 260/02 estableció el funcionamiento del MULC, por el que debían cursarse todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras y que el art. 2° de dicho Decreto señalaba que dichas operaciones serían realizadas al tipo de cambio que sea libremente pactado, sujetándose a los requisitos y reglamentaciones que ese organismo estableciera. Indicó que el *BCRA* mediante Comunicación A 3471 estableció que el tipo de cambio resultaría del libre juego de la oferta y demanda. Señaló, por otra parte, que no se habían dictado normas cambiarias en vigencia del MULC respecto de tipos de cambio que deben ser aplicados a operaciones de formación de activos externos de residentes. Indicó, además, que la RG *AFIP* 3450/13 no estableció ningún tipo de cambio oficial, reafirmando que el precio al que cada entidad autorizada a operar en cambios ofrece moneda extranjera a la venta puede ser determinado libremente por cada entidad a partir de lo dispuesto por el art. 2 del Dec. 260/02.

Así las cosas, es claro que las entidades bancarias tenían libertad para fijar el tipo de cambio que ofrecían a sus clientes, y que las disposiciones dictadas por *AFIP*, a que hizo referencia la actora sólo podían tener incidencia en materia tributaria, como el mismo organismo lo señala, y ello surge también de manera clara



de la lectura de las RG 3378, 3379, 3450 y 3583, en donde la conversión allí dispuesta, tomando como tipo de cambio el de vendedor fijado por el *BNA* tuvo como única finalidad la de establecer el monto en pesos que debía ser retenido, según dichas normas, como adelanto de impuesto a las ganancias o sobre bienes personales.

En efecto, en dichas disposiciones no se estableció ningún tipo de cambio oficial que fuera obligatorio para todas las entidades financieras en las operatorias de compra y venta de moneda extranjera –véase lo informado por el *BCRA* y la *AFIP*-, sino un método de cálculo del adelanto del impuesto allí establecido, en aquellos casos en los cuales el monto imponible se encontraba expresado en moneda extranjera. Dicha fijación del tipo de cambio de conversión efectuado por *AFIP* en las normas señaladas solo pudo tener como finalidad establecer una pauta general a los fines tributarios para evitar disímiles interpretaciones a la hora de efectuar las percepciones establecidas.

No obstante, de modo alguno se puede extender dicho parámetro al mercado de cambios, en donde regía, en la época involucrada en autos, la libertad de oferta y demanda, y el tipo de cambio resultaba el libremente pactado (conf. Dec. 260/02 y Comunicación A 3471).

En ese contexto, se aprecia que, como bien lo señaló el juez de grado y la Fiscal General, no se ha comprobado en autos que el mayor valor que pudiera haber cobrado el banco demandado a los usuarios en la adquisición de moneda extranjera para ahorro, en comparación con el tipo de cambio fijado por el *BNA*, tuviera la naturaleza de una comisión encubierta, como lo alegó la actora.

Es que de la pericia contable realizada a fs. 615/666 y de las contestaciones de las impugnaciones presentadas por las partes (fs. 692/696), sólo surge una diferencia -en algunos casos positiva pero en otros negativa- entre el valor al que vendió la moneda extranjera a sus clientes en comparación con el tipo de cambio utilizado por el *BNA*, más no surge de dicho informe que dicha diferencia se debiera al cobro de un cargo o comisión de parte del banco accionado, por lo que válidamente puede admitirse que dicha diferencia solamente dependía del valor libremente pactado, como lo permitía el régimen cambiario y se encontraba de acuerdo con las reglamentaciones del *BCRA*.



En suma, la prueba producida en autos no resultó idónea para acreditar la existencia de las comisiones encubiertas alegadas por la accionante, por lo que no ha sido satisfecha la carga impuesta por el art. 377 CPCC. En efecto, conforme el criterio pacífica y reiteradamente expresado en diversos precedentes, la norma ritual citada pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, lo cual no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso; por lo tanto a la actora le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, en tanto que la parte contraria debe también hacerlo respecto de los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios por ella alegados. Así, la obligación de afirmar y de probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas, hacer valer los hechos que quiere que sean considerados por el Juez y que tiene interés que sea tenidos por él como verdaderos (Chiovenda, "*Principios de Derecho Procesal Civil*", T. II, pág. 253).

La carga de la prueba actúa entonces, como "un imperativo del propio interés" de cada uno de los litigantes y quien no acredita los hechos que debe probar, pierde el pleito, (Couture Eduardo, "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*", Depalma, 1974, págs. 244 y ss.), asumiendo así las consecuencias de que aquélla se produzca o no, la que en principio debe ser cumplida por quien quiera innovar la situación de su adversario (Fassi, "*Código Procesal Civil y Comercial Comentado*", T. I, págs. 671 y ss.; ver además esta Sala "*Conforti Carlos Ignacio y otros c/ BGBViajes y Turismo SA. s/ ordinario*" del 29.12.00, entre muchos otros).

De ello se sigue que, no habiéndose acreditado la conducta antijurídica atribuida al banco accionante, correspondió el rechazo de la presente demanda, debiendo desestimarse los agravios esbozados por la actora al respecto.

(4.) Análisis de la legitimación de la accionante para instar la presente acción de clase en representación del grupo que se alega afectado por un supuesto comportamiento ilegítimo del banco demandado.

Si bien la entidad bancaria demandada no cuestionó la decisión adoptada en la anterior instancia sobre la legitimación de la asociación actora para petitionar del modo en que lo hizo, ello no impide a este Tribunal -en adición al



estudio previamente desarrollado sobre la inexistencia de pruebas sobre el cobro de comisiones encubiertas- analizar la legitimación de la accionante para promover el presente reclamo.

En primer lugar, debe señalarse que la actora no ha controvertido la conclusión a que arribó el juez de grado, en cuanto a que, atento el dictado de la Comunicación A 5850 del 17/12/15, fueron dejadas sin efecto las restricciones y controles cambiarios a los que aludió la actora en su demanda y que fueron el argumento en el que basó la supuesta existencia de una comisión encubierta, por lo que el reclamo tendiente a hacer cesar la conducta aquí objetada ha devenido abstracto. En efecto, no se aprecia del memorial de agravios que dicha parte objetara tal conclusión, ni que postulara que, al momento de promoverse la demanda y en la actualidad continuara el banco accionado cobrando las comisiones encubiertas que alega percibió por el lapso involucrado. Por ende, ha de concluirse que dicho aspecto de la sentencia ha sido consentido, por lo que debe considerarse la acción incoada por la actora sólo continuó en relación al reintegro de fondos pretendido.

Tal circunstancia hace que, en el estado actual de las cosas, la pretensión vigente no se encuentre dirigida a restringir o detener un hecho que esté provocando lesión a derechos individuales homogéneos, por lo que en este aspecto, no se observa la existencia del necesario aspecto colectivo en los efectos del hecho por el cual se reclama.

No puede soslayarse que una acción que persiga proteger derechos de incidencia colectiva, aunque referente a intereses individuales homogéneos, se encuentra emparentada con la acción de amparo contemplada en el art. 43 CN, que requiere como requisito de procedencia la existencia de un accionar que produzca un efecto colectivo de lesión a intereses individuales, el cual, se reitera, no se advierte configurado en el objeto de este reclamo. La ausencia de tal requisito obsta a conceder legitimación a la actora para continuar accionando como lo hizo.

Cabe apuntar que si bien la Corte consideró en el fallo “*Halabi*” que el art. 43 CN es claramente operativo y "es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”, ello no debe trasladarnos al extremo de conceder legitimación a cualquier asociación establecida sin más recaudos que los



previstos en la legislación general (conf. Bianchi, Alberto B., "*Control de constitucionalidad*" T. 2, pág. 77). En ese sentido, se ha dicho que las asociaciones de consumidores no deberían tener un objeto tan amplio que les permitiera accionar en defensa de cualquier derecho, pues de allí a la acción popular sólo faltaría recorrer un pequeño trecho (conf. Bianchi, ob. cit.).

Es evidente que falta en nuestra legislación una adecuada regulación de las condiciones bajo las cuales debe reconocerse a los entes de defensa de consumidores la adquisición, con plenitud justificante, de la legitimación para obrar que debe exigírseles en cada caso.

Tampoco es claro el ámbito material en el que cabe reconocerles esa aptitud para obrar y para peticionar. No está establecido, tampoco un procedimiento que distinga debidamente los diversos ámbitos procesales en que su actuación puede desenvolverse, ni la extensión de la representación que pueden invocar, y tampoco se encuentran debidamente contempladas las llamadas "acciones de clase", ni su trámite, ni la debida implementación de los alcances de la eventual sentencia (véase por ej. sólo como pauta referencial las previsiones del "*Código del Consumo*" de la República de Italia, arts. 137, 139, 140 y 140bis).

Así las cosas, en el estrecho marco pretoriano en que nos desenvolvemos, una asociación como la actora aparece carente de legitimación para peticionar, genéricamente, la reparación del daño patrimonial directo causado por la aplicación de comisiones que alegó serían improcedentes, porque no puede sustituir, en esto, el interés particular de los eventuales damnificados (esta CNCom, Sala A, 16/9/10, "*ADECUA c/ Circulo de Inversores SA de Ahorro p/f determinados y otros s/ ordinario*"; íd. íd. 8/11/11, "*Consumidores Financieros Asoc. Civil p/s defensa c/ La Meridional Cía. Argentina de Seguros s/ ordinario*", íd. íd. 22/2/13, "*Consumidores Financieros Asociación Civil p / su Defensa c/ Generali Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario*"; J.Com N° 16, 28.3.05, "*Padec (Prevención Asesoramiento y Defensa del consumidor) y otro c. BBVA Banco Francés S.A.*")

Por ende, siendo que en autos sólo se estaría persiguiendo un reclamo de reintegro de sumas, pretensión que resulta patrimonial e individual de cada uno de los clientes del banco que se pretende representar, se aprecia que la asociación carece



de legitimación para reclamar en ese sentido, circunstancia que también conllevaría el rechazo de la presente demanda.

(5.) Costas.

En el pronunciamiento apelado las costas del fondo fueron impuestas a la accionante en su calidad de parte perdidosa y esa decisión no fue cuestionada por las partes.

Empero, en tanto la Fiscal General expidió su dictamen refiriendo a la improcedencia de imponer las costas del pleito a la accionante en virtud de la interpretación que realizó de lo dispuesto en el art. 53 LDC y a la consecuente pertinencia de revisar este aspecto de la sentencia apelada, a los fines de contextualizar la cuestión, corresponde señalar en primer término, que con fecha 21.12.2021 en el marco de los autos “*Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo*” (Expte. Nro. 757/2018) recayó doctrina plenaria referida al alcance de la justicia gratuita, a cuyo fin allí se decidió que, “*El ‘beneficio de justicia gratuita’ que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exige al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente*”.

Sentado ello, tiene dicho este Tribunal con respecto a esta cuestión, que lo primero que se debe poner de manifiesto es que el modo en que deben ser soportadas las costas del proceso y el alcance del beneficio de justicia gratuita y al efectivo pago de esas costas constituyen aspectos absolutamente independientes uno del otro, estando regidos por principios y reglas completamente diferentes.

En efecto, una cosa es que una parte sea considerada responsable por el pago de las costas de acuerdo al resultado del proceso, y otra muy distinta es si, frente a la existencia de una circunstancia que lo exima del cumplimiento de esa responsabilidad (como lo puede ser la concesión de un beneficio de litigar sin gastos o el *status* de consumidor en la interpretación -ahora plenaria- del beneficio contemplado en el art. 53 LDC), se vea relevado de cumplir con esa obligación que, en principio, le cabe. Ello fue así resuelto por esta Sala en numerosos precedentes (véase esta CNCom., esta Sala A, 24.6.20, “*Torales, Gloria Elizabeth y otros c/ Cablevisión S.A. s/ordinario*”; *id.*, 21.8.20, “*Asociación por la Defensa de Usuarios*



y Consumidores- ADUC- c/ Banco Santander Río S.A. (BSR) s/ordinario”; “Saban, Susana Ruth...”, citado *supra.*, entre muchos otros).

En ese entendimiento, es que, más allá de que en la especie la parte actora se viera o no alcanzada por la jurisprudencia obligatoria precedentemente citada, cabe tratar lo relativo al modo en que deberán ser impuestas las costas del pleito en esta instancia.

Sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Es cierto que ésta es la regla general y que la ley también faculta al juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss.). Pero ello, esto es la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso-, sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la *litis*, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (Colombo, Carlos y Kiper, Claudio, "*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*", t. I, p. 491).

Pues bien, ponderando tales parámetros, y no existiendo motivos para efectuar un apartamiento del principio general establecido en esta materia, teniendo en consideración el resultado del recurso estimo que las costas de Alzada deben ser afrontadas por la parte actora, dada su condición de parte sustancialmente vencida en esta instancia (CPCC: 68 y 279).

Ello, sin perjuicio de señalar -a riesgo de ser reiterativo- que en la especie la demandante se halla alcanzada por la doctrina plenaria recaída en lo autos “*Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo*” (Expte. Nro. 757/2018)” del 21.12.2021.

Resta agregar en referencia a ello, que si bien no desconoce este Tribunal que la referida doctrina legal fue dispuesta en el marco de un proceso que involucró a un consumidor individual, la misma resulta aplicable a los casos que



-como en la especie- interviene una asociación en defensa de los derechos consumeriles, habida cuenta que el estatuto del consumidor (art. 55 LDC) también les acuerda a estas entidades, el “*beneficio de justicia gratuita*” respecto de las acciones judiciales que inicien en defensa de intereses de incidencia colectiva (conf. CNCom. Sala “D”, 22.02.2022, “*Consumidores Argentinos Asociación para la Defensa, Educación e Información de los Consumidores c/ Movo Mobilitas Argentina S.A.S. s/ incidente art. 250*”).

V. CONCLUSIÓN.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, propongo entonces al Acuerdo:

- (a) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora;
- (b) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravio; y,
- (c) Imponer las costas de esta instancia a cargo de la actora en su condición de parte vencida (art. 68 CPCCN) en los términos y con los alcances que fluyen de los fundamentos expuestos en el considerando IV.5) a ese respecto.

Así voto.

Por análogas razones los Señores Jueces de Cámara, Doctor Héctor Osvaldo Chomer y Doctora María Elsa Uzal, adhieren al voto anterior.

Con lo que terminó este Acuerdo.

VI. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se RESUELVE:

- (a) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora;
- (b) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravio; y,
- (c) Imponer las costas de esta instancia a cargo de la actora en su condición de parte vencida (art. 68 CPCCN) en los términos y con los alcances que fluyen de los fundamentos expuestos en el considerando IV.5) a ese respecto.

Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal y devuélvase a primera instancia. Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 132 de Acuerdo Comerciales-Sala A.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase



saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará,
mediante la pertinente notificación al CIJ.

Héctor Osvaldo Chomer

María Elsa Uzal

Alfredo A. Kölliker Frers

Valeria C. Pereyra
Prosecretaria de Cámara

Fecha de firma: 15/07/2022

Firmado por: ALFREDO ARTURO KOLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: VALERIA CRISTINA PEREYRA, Prosecretaria de Cámara

Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HECTOR OSVALDO CHOMER, JUEZ DE CAMARA



#27797045#331254436#20220715080825778