



## Poder Judicial de la Nación

En Buenos Aires, a los 3 días del mes de octubre de dos mil veintitrés, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Señora Secretaria de Cámara, para entender en los autos caratulados: "**Consumidores Damnificados Asociación Civil c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario**" (Expte. N° 56.588/2008), originarios del Juzgado del Fuero N° 1, Secretaría N° 1, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el art. 268 del CPCCN, resultó que los Sres. Jueces de esta Sala deben votar en el siguiente orden: *Doctora María Elsa Uzal* (Vocalía N° 3), *Doctor Héctor Osvaldo Chómer* (Vocalía N° 1) y *Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers* (Vocalía N° 2).

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, la Señora Jueza de Cámara, la **Dra. María Elsa Uzal** dijo:

### I. Los hechos del caso.

1) A fs. 9/19vta. se presentó la Asociación *Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa* (actual: "*Consumidores Damnificados Asociación Civil*") –en adelante, *Consumidores Damnificados (ex Consumidores Financieros)*- y promovió demanda contra el *Banco de la Ciudad de Buenos Aires* –en adelante, *Banco Ciudad*-, reclamando que se la condene por su proceder antijurídico con relación al llamado "*riesgo contingente*", cuando se comprobase que respecto de los clientes que tuviesen una cuenta corriente se hubiere actuado de alguna de las



siguientes maneras: *i)* se les haya requerido un cobro en concepto de “*riesgo contingente*”, ya sea como único concepto o en paralelo con otro concepto denominado “*exceso de acuerdo*”. Todo ello, en oportunidad de *sobregiro*, es decir, más de lo depositado en cuenta de fondos, *pero que no obstante se cubrieron en el mismo día*; *ii)* cuando la proyección financiera de lo cobrado por tal concepto exceda los límites razonables y se torne abusiva en relación a la tasa de interés efectiva anual (TEA), aplicada sobre los descubiertos que prosiguen más de un día.

Enmarcó la relación de las partes, dentro de los contratos por adhesión, señalando que la nota tipificante en esta forma de contratación era la desigual posición económica-jurídica y cultural en que las partes quedaban situadas, ya que la demandada ejercía un mayor poder de imposición en el vínculo contractual.

A continuación, realizó un análisis doctrinario y jurisprudencial acerca de la problemática general de los intereses bancarios, con una especial referencia a las actuaciones: “*Avan S.A. c/ Banco Tornquist*”, la cual consideró de relevancia para el presente caso. Señaló que, en dicho fallo se había dicho que la determinación de la tasa no podía depender de la voluntad discrecional de la entidad bancaria y que, la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 21, inc. 3, declaraba que la usura debía ser prohibida por ley. Agregó que, el *Banco Ciudad* aplicaba una serie de cálculos abusivos, generando una tasa de interés cercana a la usura, no permitida por el BCRA, cuya Comunicación BCRA A 3052, acápite 1.3 establecía que, *los intereses solo podían liquidarse sobre los saldos de capitales efectivamente prestados y por el tiempo en que hayan estado a disposición de los clientes*.

Por otro lado, la actora arguyó que, la actividad bancaria comercial poseía un perfil de alta ingeniería financiera, con una base de cálculo, donde el azar estaba excluido, salvo en lo que hacía a contingencias externas a la propia entidad. Explicó que, el nivel de profesionalidad que exhibían los productos financieros, en orden a la actividad del “banquero”, era lo que volvía imputable en contra de la entidad bancaria hasta los errores en que podía haber caído, según lo indicado *supra*



(art. 902 CCiv.), por lo que resultaba dable también exigir al *Banco* demandado que cumpla con el deber de información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz, completa e idónea respecto a las tasas de interés que aplicaría en todo el curso del contrato.

Posteriormente, se refirió al “*riesgo contingente*”, explicando que, se trataba de un *cargo que las entidades financieras cobraban a sus clientes de cuenta corriente cuando giraban un cheque sin la suficiente provisión de fondos o se excedían en el acuerdo que pudieren tener en tal sentido*. Sostuvo que, dicha comisión debería cubrir a la entidad bancaria ante un eventual pago de los cheques ingresados con “*sobregiro*”, por cuanto la entidad quedaba expuesta a que si pagaba ese cheque sin provisión de fondos, luego no podía recuperar con prontitud la cifra, de quien libró el valor. Agregó que, con base en los antecedentes del cliente, el *Banco* tenía la seguridad de que, sería cubierto ese faltante.

Continuó explicando que, tratándose de un cheque, el trasfondo de ese medio de pago es la Cámara Compensadora, cuyo funcionamiento permitía que hasta las 15:00 horas de ese día, el cliente pudiera cubrir el faltante o que, transcurrida dicha hora, la entidad bancaria girada pudiera rechazar la cobertura del valor o decidir, en cambio, pagarlo por las razones referidas *supra*.

Reiteró que, el objetivo central de la demanda era reclamar lo cobrado a clientes que, en el mismo día del “*sobregiro*”, lo cubrían antes de las 15:00 horas y, casos en los que, por ende, nunca debió afrontar el *Banco* ningún pago o riesgo que luego no lograra cobrar. Agregó que, el reclamo también se basaba en la Tasa Efectiva Anual (TEA) que reflejaban los guarismos requeridos por tal concepto al cliente que sobregiró, aún si el descubierto se mantuvo más de un día, cuando la proyección del importe cobrado superaba con exceso los parámetros razonables en la materia, pues superaba con exceso los parámetros razonables en la materia, estando en el orden de un 250% a un 300% anual. De ese modo, se estaría transgrediendo la



Comunicación A 3052 del BCRA, del año 1977 que, en su acápite 1.3, disponía que: *"los intereses solo pueden liquidarse sobre los saldos de capitales efectivamente prestados y por el tiempo en que hayan estado a disposición de los clientes"*.

Afirmó que, la regla era también aplicable al caso de un riesgo contingente saldado por el cliente en el mismo día del descubierto, explicando que un banco no podía cobrar cuando nada hizo ajeno a la operatoria por la cual remuneró sus servicios a través de otras comisiones. Agregó que, en ese caso, tampoco existía un *"uso de capital"* del banco, recordando que la entidad fondea con sus recursos el cheque en cuestión, como máximo entre las 10:00 horas y las 15:00 horas, señalando que recién cuando terminaban las operaciones del día, el *Banco Ciudad* cerraba su posición de capital con la Cámara Compensadora, oportunidad en la cual el cliente ya sustituyó con su dinero aquello que había pagado el banco. Concluyó en que, el *Banco* no vía disminuido su capital al cierre de la jornada, que devenía neutro el adelanto que efectuaba a su cliente y que, por ende, cobraba una comisión por un riesgo que no existía.

Explicó que, si realmente el cliente se sobregiraba, la entidad bancaria tenía la opción de rechazar el cheque sin fondos -caso en el que no correría ningún riesgo- o bien asumir el riesgo y cubrir el monto del cheque girado en descubierto. Señaló que *en este último caso los bancos cobraban intereses "por giro en descubierto fuera de acuerdo" o "por giro en descubierto no autorizado", aplicando una tasa que, usualmente, iba del 75% al 95% anual, que compensaba ampliamente el riesgo que enfrentaba el banco por un pequeño giro en descubierto y que, por ende, no podría cobrarse, además, una comisión por "riesgo contingente" y/o "exceso de acuerdo"*.

Requirió así que, se ordenara la devolución de todo lo percibido "de más" por la demandada –durante los últimos diez (10) años- por la aplicación de los conceptos *supra* indicados (*riesgo contingente* y *exceso de acuerdo*) en los casos en que medió una *"cobertura en el día"* respecto de los clientes que tuviesen una cuenta corriente en la entidad bancaria accionada y en la hipótesis en que se detectaran



excesos de límites razonables en la proyección, en relación a la aplicación de la Tasa Efectiva Anual (TEA).

Asimismo, la actora solicitó que, se reformularan los cálculos de intereses y/o metodología de tratamiento para los casos de “*riesgo contingente*”.

Finalmente, requirió que, se colocaran los fondos que correspondiere reembolsar por parte del *Banco Ciudad*, en una cuenta a la orden del Juzgado, a fin de que los clientes no localizables físicamente, pudieran acercarse a percibir el monto que le correspondiera a medida que tomen conocimiento del caso.

Fundó en derecho y ofreció prueba.

2) A fs. 38/40 se presentó la demandada *Banco de la Ciudad de Buenos Aires* y opuso excepciones previas de: *i)* defecto legal, *ii)* falta de legitimación activa y *iii)* prescripción. A fs. 52/55 el juez de primera instancia decidió desestimar los planteos previos de la demandada, disposición que luego fue confirmada por esta Alzada a fs. 75 y no es materia de controversia en esta oportunidad.

Posteriormente, a fs. 221/242, la entidad bancaria accionada contestó demanda, solicitando su rechazo, con costas a la contraria. Luego de realizar una negativa de los hechos invocados por la actora, procedió a brindar su propia versión de lo acontecido en autos.

En dicho sentido, no obstante lo decidido ya en primera instancia (y confirmado en esta Alzada), la accionada reiteró su postura respecto a la falta de legitimación activa por parte de la Asociación demandante, en esta oportunidad planteada como defensa de fondo. Indicó que, la actora no mencionó siquiera, si alguno de sus “asociados” se encontraba comprendido en el objeto de la demanda. Agregó que, no existía en el *sub lite* un interés colectivo de consumidores, ni una conducta objetiva en la que su parte debiera cesar, ni urgencia en tal cese, sino que, se trataba de un reclamo patrimonial que correspondía a cada consumidor que debía ser



impulsado por cada consumidor en particular. Razón por la cual, señaló que, la accionante carecía de legitimación para promover la presente acción.

A todo evento, en el supuesto en que se decidiera contrariamente a lo manifestado por su parte respecto a la falta de legitimación de la actora, dejó planteado el pedido de *declaración de inconstitucionalidad de las normas que admitían la intervención de Asociaciones para la defensa de intereses difusos de incidencia colectiva*.

A continuación, dejó planteada también la falta de acción de la accionante para pretender la restitución de débitos efectuados por “*riesgo contingente*” de cuentas corrientes de empresarios individuales o personas jurídicas que ejercían actividad comercial empresaria, por lo que no resultaba de aplicación la ley de defensa del consumidor. Añadió que, la actora también pretendía arrogarse funciones de contralor y de regulador o legislador de normativa bancaria que eran facultades privadas y excluyentes del BCRA.

Posteriormente, opuso prescripción de las acciones para demandar la rectificación y devolución de supuestas diferencias de cálculo para todos los montos que resultaren anteriores a los tres (3) años desde la fecha de promoción de las presentes actuaciones.

Respecto al reclamo de fondo, brindó una descripción de los hechos que dijo haber acaecido en la especie, rechazando el obrar antijurídico que la actora pretendía atribuirle.

Sostuvo que, la presente acción solo podría aplicarse a personas físicas que no tenían un acuerdo previo para girar en descubierto y que no eran empresas o personas jurídicas, por cuanto estas últimas no son considerados consumidores.

Agregó que, el *Banco Ciudad* solo percibía intereses a la tasa vigente en cada oportunidad, únicamente sobre saldos deudores al cierre del día, por lo que no cobraba intereses al mismo tiempo en que cobraba la comisión por el servicio de “*riesgo contingente*”.



Añadió que, dicha comisión se cobraba únicamente cuando los clientes solicitaban, libremente, cubrir el pago de cheques propios, depositados en otros bancos, con valores depositados en sus cuentas, cuya compensación por Cámara operase en el mismo día de la solicitud. Aclaró que, dicha comisión se encontraba prevista por normativa del BCRA.

Explicó que, su parte cobraba dicha comisión, porque desconocía el momento en el cual el cliente realizaría los depósitos y por ignorar si, al final del día, el descubierto sería cubierto, asumiendo un riesgo de que ello no ocurra.

Agregó que, el descubierto era un servicio adicional que la entidad bancaria agregaba al servicio básico de la cuenta corriente bancaria. Indicó que, al ingresar el cheque de la Cámara, el responsable comercial de la correspondiente sucursal del *Banco*, en comunicación con el cliente, podía decidir asignarle –o no– a éste último un acuerdo en cuenta corriente contingente, siempre que el cliente lo solicitara y el requerimiento fuera finalmente aprobado. Explicó que, si la cuenta en descubierto se cubría en el día, solo se devengaba la comisión (sin intereses) por “*riesgo contingente*” que correspondía a un servicio prestado y un riesgo asumido por la entidad bancaria.

Manifestó que, su parte era una entidad financiera debidamente autorizada por el BCRA. Añadió que, la Comunicación A 3052 del Banco Central establecía que, las tasas de interés compensatorio se concertarían libremente entre las entidades financieras y los clientes. Agregó que, en la Comunicación A 4184 se encontraba previsto el cargo o comisión por el servicio de “*riesgo contingente*”.

Dijo que no podía aplicarse aquí lo resuelto en las actuaciones: “*Avan*” citada por la actora, ya que, los cuentacorrentistas del aludido fallo no se encontraban en las mismas condiciones de las mencionadas en la especie. Explicó que, en la causa citada por la accionante, se hacía referencia a la posibilidad de rectificación de cuenta corriente bancaria por la incorporación de intereses excesivos sobre los saldos deudores girados en descubierto o, cuando había un error evidente en la cuenta corriente o, que se traducía en un perjuicio evidente para el cuentacorrentista derivada



de una negligencia o abuso del banquero. Todo lo cual, la demandada dijo no había acontecido en la especie.

Concluyó así que, la Asociación demandante: *i)* se arrogó el ejercicio de un poder del Estado, pasando por encima del poder de policía del BCRA, que admitía y monitoreaba las comisiones objeto de reclamo, *ii)* violó la autonomía de la voluntad y pretendió que la entidad bancaria sea quien produzca la prueba para verificar los dichos invocados en la demanda, *iii)* ignoró que la comisión cuestionada estaba prevista normativamente por el BCRA, a través de la *Comunicación A. 4184* y que también se encontraba referenciada en el contrato de cuenta corriente, el cual fue revisado y no objetado, oportunamente, por las autoridades públicas de defensa del consumidor, *iv)* impugnó normas fuera del plazo de caducidad establecido para impugnar cargos, intereses y comisiones de la cuenta corriente, no habiendo sido cuestionadas dichas comisiones por ninguno de los clientes cuentacorrentistas supuestamente perjudicados, *v)* pretendió hacer extensivo su reclamo a empresas y personas jurídicas a las que no se aplicaba la ley de defensa del consumidor y, finalmente, *v)* pretendió aplicar plazos de prescripción tildados de absurdos, por pasar por alto la caducidad del art. 793 CCom.

Fundó en derecho y ofreció prueba.

3) A fs. 245 se difirió el tratamiento de las defensas deducidas por la demandada (falta de legitimación activa, falta de acción y prescripción) para la oportunidad de dictar sentencia.

4) A fs. 275 se recibió la causa a prueba. A fs. 585/587 se certificó la prueba producida, se clausuró el período probatorio y se pusieron los autos a los efectos del art. 482 CPCCN. El derecho de alegar fue ejercido por ambas partes: *i)* por la parte actora a fs. 605/608 y *ii)* por la demandada a fs. 609/615.



5) A fd. 2021/2035 luce el escrito de fecha 07.07.2022 a través del cual la actora acreditó su nuevo estatuto y cambio de denominación a *Consumidores Damnificados Asociación Civil*.

6) A fs. 2046 / 2047 se expidió la Sra. Agente Fiscal (con fecha 09.2022) y a fs. 2053, se llamaron los autos para dictar sentencia con fecha 29.09.2022.

## II. La sentencia apelada.

En dicho pronunciamiento, dictado con fecha 07.03.2023 –fd. 2057-, el Sr. Juez de grado: *i)* rechazó la defensa de falta de legitimación activa y admitió la de prescripción -para los reclamos que resultaren anteriores a los tres (3) años desde la fecha de promoción de esta acción-, con costas por su orden respecto a este punto (art. 68, segundo párrafo, CPCCN); *ii)* hizo lugar a la demanda y condenó al *Banco de la Ciudad de Buenos Aires* a cumplir, en el plazo de diez (10) días, la sentencia dictada en los términos que surgían de los fallos dictados por el Superior y por la CSJN, con costas a la accionada vencida (art. 68 CPCCN).

Para arribar a dicha solución, el magistrado de grado comenzó realizando una consideración de índole probatoria. Explicó que, las partes tenían la carga de la alegación y la de la prueba y que, la carga de la prueba importaba la conveniencia para las partes de producir determinada prueba, en cuanto, su inobservancia podía conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable, excepto que dicha prueba hubiera sido producida por iniciativa de la otra parte o del juez (art. 377 CPCC).

Continuó señalando que, en su fallo en los autos caratulados: "*Bianchini Alberto José c/ Clama S.A. y otro s/ ordinario*" (Expte. N° 92178/2015), ya se había pronunciado respecto de los alcances que cabía darle al art. 7 CCCN, en cuanto resultaban de aplicación los principios consagrados por el ordenamiento que



se encontraba vigente al momento en que se consumaron los hechos que dieron origen al pleito.

Ahora bien, respecto a la defensa de falta de legitimación activa deducida por la demandada, el magistrado consideró que ésta debía ser rechazada, ya que, la legitimación para iniciar acciones judiciales por parte de las asociaciones de consumidores encontraba sustento en los arts. 52 y 55 LDC, que les otorgaba la facultad para accionar cuando resultaren objetivamente afectados o amenazados intereses de consumidores o usuarios.

Agregó que, no obstante, dicha circunstancia no resultaba suficiente para reconocerles *per se* legitimación para demandar, ya que su límite de actuación debía quedar circunscripto a los casos en los que se encontraban afectados intereses colectivos o difusos, o bien para aquéllos otros incluidos dentro de la denominada tercera categoría conformada por *"derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos"*, según los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *"Halabi"* (24.02.2009).

Recordó que, en dicho antecedente, el Alto Tribunal estableció como requisito de procedibilidad: *"la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado"*. Agregó que, el fallo citado estableció que el primer elemento era la existencia de un hecho único o complejo que causaba una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. Dijo que, el segundo elemento consistía en que la pretensión debía estar concentrada en los efectos comunes y no, en lo que cada individuo podía peticionar, como ocurría en los casos en que había hechos que dañaban a dos (2) o más personas y que podían motivar acciones de la primera categoría. Indicó que, de tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relacionaba con el daño diferenciado que cada sujeto sufría en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tenía esa pluralidad de sujetos, al estar afectados por un mismo hecho. Agregó que, como tercer elemento, era exigible que el interés



individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual *podría verse afectado el “acceso a la justicia”*.

El juez de primera instancia manifestó que, los tres (3) recaudos establecidos por la Corte se encontraban presentes en el *sub lite*, por lo que cabía rechazar la excepción deducida por el *Banco Ciudad*.

Con relación a la excepción de prescripción deducida también por la demandada, consideró que ésta debía ser admitida, con apego a lo dicho en el expediente: “*Consumidores Financieros Asoc. Civil Para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ ordinario*” (Expte. n° 56570/2008), cuya sentencia de Alzada fue dictada por esta Sala A.

Sostuvo así el magistrado de grado que, el caso ahora examinado guardaba sustancial analogía con lo decidido en el expediente: “*Consumidores Financieros Asoc. Civil Para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ ordinario*” (Expte. N° 56570/2008). Razón por la cual, se remitió a los fundamentos dados por este Tribunal en dicha causa, ordenando incorporar al registro informático de las presentes actuaciones, copia de los fallos correspondientes como parte integrante del decisorio de primera instancia.

En dicho contexto y conforme a lo *supra* indicado, el *a quo* admitió la demanda deducida por la actora, con el alcance expresado en la causa citada por el juez de grado como precedente.

Sin embargo, el sentenciante de primera instancia entendió oportuno efectuar algunas aclaraciones, como ser:

*i)* Condenó a la entidad bancaria en los términos del fallo de esta Sala A, en tanto el sostén de dicho pronunciamiento fue, que se le cobraba a los clientes la comisión por los cargos indicados en la demanda, más intereses. Agregó que, dicha circunstancia fáctica se verificó en el presente pleito.

*ii)* Señaló que, en autos los testigos –empleados de la accionada– declararon que la *comisión por riesgo contingente* era cobrada por el banco y



explicaron cuál sería la contraprestación que, por ello, brinda el banco. Empero, las conclusiones a las que arribara el experto contable en su informe alcanzaron para admitir en forma parcial la demanda aquí deducida. Ello, con base en que medió una doble imposición sobre el mismo rubro, esto es, comisión más intereses.

### **III. Los agravios.**

Contra la sentencia de la anterior instancia se alzó únicamente la parte demandada, quien fundó su recurso a través del memorial de fecha 14.06.2023, cuyo traslado fue contestado por su contraria con fecha 29.06.2023.

#### ***i) Primer agravio: Los alcances de la sentencia.***

En primer lugar se agravio la demandada de que el juez de grado hubiese dispuesto en la sentencia apelada que, el caso aquí examinado guardaba sustancial analogía con lo decidido en el expediente: “*Consumidores Financieros Asoc. Civil Para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ ordinario*”.

Sostuvo así que, la condena en los términos que surgían del fallo citado (dictado en esta Sala A) *involucraba un supuesto diferente y no asimilable al objeto de la demanda en las presentes actuaciones, resultando ultra petita* en este punto lo decidido por el magistrado de grado, ya que remitía a un fallo donde se decidió sobre una petición más extensa.

Adujo que, en efecto, en el precedente citado sobre la causa contra el *Banco de San Juan*, el descubierto había proseguido *por más de un día y que, esta circunstancia no surgía del presente reclamo*. Agregó que, para poder condenar al *Banco Ciudad* en los mismos términos, el magistrado de grado debió determinar: *i) si se cobró la comisión por “riesgo contingente” o “exceso de acuerdo” en paralelo con el cobro de intereses, cuando el cliente restituyó los montos del descubierto ese mismo día y ii) si el cobro de la comisión correspondía a un servicio efectivamente prestado por el Banco Ciudad*. Dijo que, sin embargo, ninguno de estos dos (2) supuestos había sido probado.



***ii) Segundo agravio: Insuficiente valoración de la prueba.***

Respecto a este *item*, manifestó que, si bien era cierto que los jueces no están obligados a valorar cada uno de los argumentos expuestos por las partes, si lo estaban respecto de los que resultaban relevantes para la resolución de la causa.

Adujo que, en la presente causa, existieron argumentos de relevancia que no fueron siquiera analizados en el decisorio recurrido y que, se había efectuado una mención genérica de la prueba, sin valorar su producción ni examinarla.

Agregó que, de la prueba producida en autos podía verificarse sin lugar a dudas que no se daban los extremos señalados por el *a quo*, en tanto que si bien los testigos declararon que se cobraba la comisión y explicaron detalladamente que correspondía a un servicio efectivamente brindado por el *Banco Ciudad*, no se logró verificar que dicha comisión se cobraba concomitantemente con un interés y, de igual manera, el informe producido por el perito contador daba cuenta en forma indubitable que no se verificó el cobro de comisión e interés paralelamente.

Sostuvo que, de las respuestas brindadas por el experto contable se advertía que, el *Banco Ciudad* cobraba intereses cuando la cuenta quedaba en descubierto “*al final del día*”, por lo que cuando el cheque que no tenía previsión de fondos o excedía el acuerdo era cubierto “*en el día*”, el *Banco Ciudad* cobraba comisión por sobregiro o exceso de acuerdo, pero no interés, precisamente porque no había descubierto sobre el que aplicar interés.

Citó algunas de las respuestas brindadas por el perito contador al respecto, como ser que: *i) los intereses, si bien se exponían dentro de la misma operatoria, no correspondían al movimiento sin fondos del cheque, sino sobre el saldo deudor de la cuenta a ese día; ii) la comisión se percibía únicamente sobre eventuales saldos deudores al cierre del día, cuando se producía la acreditación de los depósitos no conformados*. Es decir que, en los casos en que los depósitos eran rechazados, no se cobraba comisión y se cobraban intereses por exceso de acuerdo; *iii) los intereses se cobraban sobre saldos deudores*.



La demandada dijo no entender la manera en la cual el *a quo* había arribado a la conclusión cuando, precisamente, de las indicaciones transcriptas *supra* respecto al informe pericial contable, *surgía claro que el experto había informado que, cuando se cobra interés, no se cobra comisión.*

Advirtió que, la sentencia no explicó (porque no podía) de dónde surgía, dentro de la pericia contable, que había mediado una doble imposición (comisión e intereses) y que, el *a quo* solo se había remitido a las fojas donde se encontraba glosada la pericia, aunque sin identificar los *item* donde supuestamente el experto había señalado la aludida doble imposición.

Manifestó que, el experto había determinado en su pericia, que los intereses se cobraban solo sobre saldo deudores y que, en los casos en que el cheque era cubierto con dinero del *Banco Ciudad* y restituido por el cliente en el mismo día, no se generaba el “*saldo deudor*” y que, por lo tanto, no existía tal devengamiento de intereses. Es decir, que los intereses solo se devengaban cuando el descubierto persistía por más de un día, circunstancia que –dijo la demandada- no resultaba ser el supuesto reclamado en el objeto de la demanda del *sub lite*.

En dicho sentido, reiteró que, se había probado en autos que, el *Banco Ciudad* no cobraba intereses, al mismo tiempo en que cobraba la comisión por “*riesgo contingente*”. Agregó que, aún para el supuesto en que su parte hubiese cobrado comisión e intereses en forma concomitante, la entidad bancaria podía reclamar esa doble imposición, si la comisión se correspondía con un servicio efectivamente prestado por ella.

Manifestó que, a fs. 443/444 obraba la declaración del testigo *Daniel Ángel García*, Gerente de Área Finanzas e inversiones del *Banco Ciudad*, a través de la cual dicho testigo explicó que la comisión de “*riego contingente*”: “*...se aplica cuando el cliente incurre en un saldo deudor o excede el acuerdo que se le había asignado...en la práctica...el cliente puede estar con un saldo acreedor y en el proceso que se efectúa en las madrugadas, en la compensación de valores el resultado de esa compensación provoca la originación de un descubierto en la cuenta corriente*



*o un exceso del mismo sobre el margen que se tiene acordado, por lo tanto comienza el día en descubierto y se aplica la comisión. Cuando este proceso de sistemas detecta esta situaciones se debe correr procesos adicionales a los fines de elaborar listados para cada sucursal de estos clientes deudores y luego en la práctica cada sucursal asignará un recurso humano para el seguimiento para la cobertura de las cuentas. La función de esa persona es contactar a cada cliente que está en el saldo deudor, informarle ello y que tiene que venir a cubrir ese saldo deudor...si no se contactara al cliente, se rechaza el cheque incurriendo el cliente en todos los costos derivados de esa acción como por ejemplo las penalidades dispuestas por el Banco Central”.*

Sostuvo la demandada, que el testigo *supra* citado, también explicó el funcionario de la operatoria de descubierto, relatando que: “...a la apertura de las cuentas se le da al cliente un detalle de todas las condiciones a las que están sujeta la operativa...Los cuadernos de cheques que entrega el banco incluyen una leyenda que indica que no se debe librar cheques sin fondos suficientes acreditados en cuenta o autorización expresa para girar un descubierto”.

Observó la accionada que, la imprevisión del cuentacorrentista le generaba al *Banco Ciudad*, el corrimiento de procesos adicionales para la elaboración de listados para cada sucursal, la asignación de recursos humanos para el seguimiento de las cuentas y el contacto con los responsables, sin contar con el estudio de la carpeta crediticia en forma previa a cubrir el saldo, con fondos propios de la institución. Razón por la cual, resultaba evidente que la comisión obedecía a un servicio y que, la demanda de *Consumidores* se asentó en un completo desconocimiento de la operatoria bancaria respecto al servicio prestado en caso de sobregiros.

Agregó que, a fs. 445/446 el testigo *Víctor Jacinto Bescos*, Gerente de Productos del *Banco Ciudad*, confirmó lo dicho por el testigo *García*, respecto a que



la comisión se cobraba cuando faltaban fondos para cubrir o se giraba por sobre el saldo autorizado y también sobre el riesgo asumido y la recarga operativa que se generaba a partir de este hecho.

Añadió que, a fs. 447/448 declaró el testigo *Maximiliano Coll*, Coordinador de Productos del *Banco Ciudad* y explicó la operativa en la que se cobraba la comisión por “*riesgo contingente*”, de modo similar a lo depuesto por los anteriores testigos.

Por otro lado, señaló que, se consultó al experto contable “*en qué casos se cobra la comisión por Riesgo Contingente*”, a lo que el perito contestó que: “*Cuando el cuentacorrentista no cumple con su obligación desencadena en la Institución Bancaria un serie de procedimientos y trabajos administrativos tendientes a la regularización de dicha situación. Los sistemas emitirán listados de cuentas sin fonos cuyos titulares son directamente contactados vía telefónica para alertarlos de la falta de fondos procurando la regularización en el día. Se desencadena un mecanismo de toma de decisiones respecto a la conveniencia comercial de autorizar o no los pagos. Todo lo cual conforma una importante carga administrativa que es la que fundamenta la aplicación de dichas comisiones*”.

Indicó que, lo verificado por el perito resultaba elocuente en cuanto a que en este caso la comisión correspondía a un efectivo servicio, por lo que el *Banco Ciudad* tenía un legítimo derecho a obtener una restitución frente a un servicio efectivamente prestado.

Reiteró que, los *item* “*comisión*” e “*interés*” no respondían a los mismos conceptos y que, por ello, nunca podría producirse la mentada “*duplicación*”. Agregó que, ello surgía de la pericial contable, donde se dijo que: “*El cobro de una comisión se fundamenta en la existencia de un servicio, mientras que el cobro de interés se fundamenta por el préstamo de dinero*”.

Concluyó este agravio, manifestando que, el cuentacorrentista no era un consumidor desprevenido, sino que se trataba de un “*comerciante*” que a diario libraba cheques y conocía perfectamente sobre el funcionamiento del contrato de



cuenta corriente bancaria, el cual requería necesariamente la provisión de fondos en forma previa a girar un cheque sobre la cuenta.

***iii) Tercer agravio: La imposición de costas.***

Sostuvo la demandada que, si bien el magistrado de grado admitió la demanda de las presentes actuaciones con el alcance del expediente: “*Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ Ordinario*”, en lo que respecta a los honorarios dio un tratamiento diferente, cargando el total de las costas del fondo del asunto aquí tratado al *Banco Ciudad*, cuando en el precedente citado por el *a quo*, se impusieron las costas en un 60% a la demandada y en un 40% a la actora.

Indicó que, el sentenciante de primera instancia no explicó las razones por la cual decidió apartarse en el tratamiento de las costas de lo decidido en el fallo al que remitió por considerarlo sustancialmente análogo.

En dicho sentido, la demandada manifestó que, sin perjuicio de propiciar el rechazo total de la demanda, con la consecuente imposición de costas a la *Asociación* accionante, se agravia en este punto respecto al modo en que el *a quo* decidió adherir al precedente “*in totum*” y apartarse en materia de costas, cargándolas en su totalidad al *Banco Ciudad*.

**VI. La solución propuesta.**

**1) El thema decidendum.**

Liminarmente, debe recordarse que la actora demandó al *Banco Ciudad* persiguiendo que se lo condene a restituir a sus clientes cuentacorrentistas las sumas cobradas durante los últimos diez (10) años en concepto de "riesgo contingente" -como único punto o en paralelo con otro concepto denominado "exceso de acuerdo"-, en los supuestos de sobregiro cubiertos en el mismo día y/o cuando la proyección



financiera de lo cobrado por tal concepto, aún si el descubierto prosiguió más de un día, arrojase una tasa efectiva anual que excediera los límites razonables en la materia (véanse fs. 9 y 9vta. puntos A y B).

La accionante también cuestionó a lo largo de su escrito de demanda, aunque sin incluirlo en el objeto inicial de la pretensión, el cobro en forma conjunta, por parte del banco, de una comisión por aquéllos conceptos y una tasa de interés por giro en descubierto fuera de acuerdo, en los casos en que el descubierto se mantuviera por más de un día, considerando que de ese modo se genera una doble e ilegal percepción (véanse fs. 16/17), sin embargo, éste no resulta ser el objeto estricto de la demanda promovida en autos.

Ahora bien, cuadra señalar que la actora definió el concepto “riesgo contingente” como *el cargo que las entidades financieras cobran a sus clientes de cuenta corriente cuando giran un cheque sin la suficiente provisión de fondos o se exceden en el acuerdo que pudieran tener en tal sentido* (véase fs. 14, último párrafo).

De su lado, la demandada manifestó que el “descubierto en cuenta corriente” era un servicio otorgado por la entidad bancaria, por el cual *percibía una comisión, es decir, cobraba por el otorgamiento y mantenimiento del sobregiro transitorio, en retribución del servicio prestado y los gastos inherentes al mismo y solo cuando los clientes libremente hubieren solicitado cubrir el pago de cheques propios, depositándolos en otros bancos con valores depositados en sus cuentas cuya compensación por cámara operase en el día de la solicitud* (véanse fs. 228vta./229 de su contestación de demanda).

En dicho contexto, el magistrado de grado hizo lugar a la demanda y condenó al *Banco de la Ciudad de Buenos Aires* a cumplir, en el plazo de diez (10) días, la sentencia dictada en los términos que surgían de las actuaciones:  
“Consumidores Financieros Asoc. Civil Para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A.



s/ ordinario”, 07.10.2014, decisorio de Alzada fue fallado por esta Sala A. Ello, con excepción de la imposición de las costas, las cuales fueron impuestas en el presente expediente a la demandada vencida.

Esta decisión fue apelada por el *Banco Ciudad*, quien consideró que, la condena en los términos que surgían del fallo citado como precedente, *involucraba un supuesto diferente y no asimilable al objeto de la demanda en las presentes actuaciones*, resultando *ultra petita* en este punto lo decidido por el magistrado de grado, ya que remitía a un fallo donde se decidió sobre una petición más extensa. Agregó que, en la causa contra el *Banco de San Juan*, el descubierto había proseguido *por más de un día* y que, esta circunstancia no surgía del presente reclamo.

Insistió en que, para poder condenar al *Banco Ciudad* en los mismos términos, el *a quo* debió determinar: *i)* si se cobró la comisión por “*riesgo contingente*” o “*exceso de acuerdo*” cuando el cliente restituyó los montos del descubierto ese mismo día, en paralelo con el cobro de intereses – sin embargo, se reitera, este ítem no aparece contenido expresamente en el objeto de la demanda-, y *ii)* si el cobro de la comisión correspondía a un servicio efectivamente prestado por el *Banco Ciudad*.

Explicó que, se había probado en autos que, el *Banco Ciudad* no cobraba intereses, al mismo tiempo en que cobraba la comisión por “*riesgo contingente*”. Agregó que, aún para el supuesto en que su parte hubiese cobrado comisión e intereses en forma concomitante, la entidad bancaria podía reclamar esa doble imposición, si la comisión se correspondía con un servicio efectivamente prestado por ella.

En este marco, *vistos los términos de la demanda y los agravios traídos por la parte demandada*, cabe precisar que *thema decidendum* en esta instancia consiste, *concretamente*, en primer lugar, en determinar si resulta, o no, procedente el cobro por parte de la entidad bancaria de un cargo en concepto de



"riesgo contingente", como único punto o en paralelo con otro concepto denominado "exceso de acuerdo", en los supuestos de sobregiro cubiertos en el mismo día y si medió efectivamente esta doble imposición por parte del *Banco Ciudad*.

Para ello, esta Alzada se limitará a los casos en que el cliente gira en descubierto excediéndose por sobre el exceso autorizado acordado con el *Banco Ciudad* o en los supuestos en que se gira en descubierto sin tener acuerdo para ello, pero que en el mismo día del sobregiro lo cubre antes de las 15:00 horas.

Asimismo, se deberá analizar, en segundo término, si la proyección financiera de lo cobrado por tal concepto, aún si el descubierto prosiguió más de un día, arroja una tasa efectiva anual (TEA) que exceda los límites razonables en la materia.

Posteriormente, corresponderá analizar la cuestión relativa a la imposición de las costas.

## **2) Aclaración preliminar.**

En primer lugar, señalo que es el criterio de esta Sala, que estimo aplicable en autos, aquél que conduce a dejar sentado que el caso habrá de decidirse conforme a las disposiciones del Código Civil (Ley N° 340 y sus modificaciones), en lo pertinente, por entender que resultan inaplicables las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994 que entrara en vigor el 01.08.2015.

En la especie, la demanda fue incoada con fecha 26.11.2008 y debe recordarse que la actora demandó al *Banco Ciudad* persiguiendo que se lo condene a restituir a sus clientes cuentacorrentistas las sumas cobradas durante los últimos diez (10) años .

Es de remarcar que la resolución de los problemas inherentes a los conflictos inter-temporales provocados por el cambio legislativo que introduce el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación exige ahondar en los alcances del



nuevo art. 7 CCCN en aquellos casos en los que quepa plantearse la pertinencia de la aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.

Para ello, se observa que de la comparación entre los anteriores artículos 2 y 3 del Código Civil y los actuales artículos 5 y 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación surge que, salvo por la inclusión en este último de la referencia al principio de la favorabilidad respecto de las relaciones de consumo, las reglas conservan un paralelismo en su redacción, que torna vigente la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial civilista existente desde la reforma introducida por la Ley N° 17.711 (conf. Uzal, María Elsa, “*Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal con especial referencia al Derecho Internacional Privado*”, Revista Código Civil y Comercial (Director: Dr. Héctor Alegría), Ed. La Ley, N° 1, julio 2015, págs. 50/60).

Es de destacar que el art. 5 establece que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen. En el caso del nuevo Código Civil y Comercial, el art. 7 de la Ley N° 26.694 (sustituido por el art. 1 de la Ley N° 27.077), dispuso que dicho cuerpo entrara en vigencia el 01.08.15.

De otro lado, el art. 7 indica la manera en que han de efectivizarse los efectos de las leyes que se dicten con relación al tiempo y a las relaciones preexistentes. Dicha norma establece, textualmente, que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, *con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*”.



Esta última alternativa, impone ahondar en los alcances del mentado art. 7 CCCN en aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, se plantee alguna duda o controversia sobre la debida aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.

Debe repararse en que la interpretación de la norma de aplicación tiene como pilares dos principios fundamentales: la irretroactividad de la ley -salvo disposición en contrario, que en ningún caso podrá afectar derechos amparados con garantías constitucionales- y su aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigencia “*aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes*”.

Cabe profundizar aquí, en el primero de esos principios, esto es, aquél que veda toda posible aplicación retroactiva no prevista expresamente y que lleva de la mano a precisar cuándo una ley es retroactiva, lo que presenta particulares dificultades si se trata de hechos *in fieri*, es decir, en curso de desarrollo. Ello, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso puede implicar una indebida aplicación retroactiva.

Debe recordarse que se ha dicho que se configurará una aplicación retroactiva de la ley: *a)* cuando se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación o situación jurídica anteriormente constituida o extinguida; *b)* cuando se refiera a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; *c)* cuando se atribuyan efectos que antes no tenían a hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen por la vinculación de esos hechos o actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; *d)* cuando se refiera a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio, en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes; *e)* cuando se trata de situaciones jurídicas concurrentes que resultan de fuentes de derecho diferentes que entran en conflicto y pueden suscitar desigualdades entre los titulares de esas relaciones, precisamente, porque dado que cada una de ellas nace de



causas diferentes, cada una debe soportar la competencia de la ley que corresponde al momento de su constitución, de sus efectos o de su extinción, según el caso (conf. Roubier, P., “*Les conflicts des lois dans le temps*”, T° 1, págs. 376 y sigs.; Borda, G., “*La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo*”, E.D., T° 28, pág.809; Coviello y Busso, citados por LLambías, J.J., “*Tratado de Derecho Civil. Parte General*”, T° 1, págs. 144/5, en nota 68 bis; Uzal, *ob. cit.*, nota 1).

Así, si la modificación legal sobreviene estando en curso la constitución, adquisición, modificación o extinción de un derecho, la nueva ley modificará esas condiciones de constitución, adquisición, modificación o extinción del derecho de que se trate, en tanto esas relaciones no se hallen ya consumidas con efectos jurídicos propios en el pasado, de modo que revistan el carácter de derechos adquiridos, debiendo el juzgador examinar las circunstancias de cada caso concreto atendiendo con ese sentido a la directiva legal (conf. Uzal, *ob. cit.*, págs. 59/60).

Ya se ha destacado que la determinación de si se está frente a una aplicación retroactiva presenta particulares dificultades cuando se trata de hechos *in fieri*, es decir, en curso de desarrollo y que es imprescindible distinguir si se trata de situaciones que se encuentran en lo que puede describirse como una fase dinámica de la relación, en la que ésta nace o muta (su constitución o extinción) o si, en cambio, se capta esa relación en una fase estática, cual sería aquella que concierne a sus efectos ya producidos y/o con valor jurídico propio, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso concreto, puede implicar una indebida aplicación retroactiva, sobre hechos o situaciones jurídicas del pasado.

En el marco fáctico legal del *sub judice* las circunstancias de hecho del caso permiten concluir en que las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Código Civil y Comercial de la Nación en la materia no resultan de aplicación.

Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una



relación jurídica, ya producidos antes de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley.

En consecuencia, déjase establecido que en autos se resolverá el planteo traído a conocimiento de este Tribunal conforme las normas que se encontraban vigentes al tiempo en que acontecieron los hechos de marras, *con excepción de aquéllas disposiciones que pudieren resultar más favorables al consumidor dentro de la relación de consumo bajo examen.*

### **3) La apertura de crédito en cuenta corriente bancaria.**

Previo a ingresar en el tratamiento concreto de la cuestión sometida a consideración, se estima necesario efectuar ciertas precisiones relativas a la “apertura de crédito en cuenta corriente bancaria”, como la aquí discutida y a la posibilidad de solicitar la revisión judicial de un saldo deudor como, en definitiva ocurriría en la especie. Cabe recordar que Fernández ya apuntaba que nuestro código mercantil da el nombre de “cuenta corriente bancaria” a los contratos que la doctrina moderna califica, con mayor exactitud como de “apertura de crédito en cuenta corriente” y de “depósito en cuenta corriente” y que, en la terminología del código debe decirse, respectivamente: “cuenta corriente bancaria a descubierto” y “cuenta corriente bancaria con provisión de fondos”.

La cuenta corriente bancaria es pues, 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 cuenta corriente bancaria en descubierto, se conoce en doctrina y comúnmente, con el nombre de “apertura de crédito en cuenta corriente” y la cuenta con provisión de fondos, como “depósito en cuenta corriente”. En realidad la cuenta corriente bancaria es siempre con provisión de fondos, pues ésta, dentro del



tecnicismo cambiario, no solo se forma con el dinero en efectivo, sino también con los créditos que le concede el banco.

Estas operaciones pueden caracterizarse del siguiente modo:

**a) Cuenta corriente con provisión de fondos (depósito en cuenta corriente):**

El cliente del banco alimenta la cuenta con depósitos en dinero, pudiendo disponer del saldo a su favor de inmediato y en cualquier momento, por medio de cheques y el banco le presta su servicio de caja, abonando los cheques, generalmente presentados por terceros y debitándolos en su cuenta; puede asimismo entregarse cheques al cobro, pero sobre su importe no puede girarse hasta que el banco los hace efectivos: en la práctica hasta 1 ó 2 días después, pues se remiten al *clearing* (cámara compensadora).

**b) Cuenta corriente en descubierto (apertura de crédito en cuenta corriente):**

El banco abre crédito al cliente hasta determinada suma, que le acredita en cuenta corriente y sobre la cual este último puede girar, librando cheques, hasta la suma que se fija como máximo en descubierto. Dado que el cliente puede efectuar depósitos, éstos, como es lógico, disminuyen o eliminan la cantidad en descubierto que representa el crédito acordado por el banco, sin que éste desaparezca, pues siempre el cliente puede girar con exceso sobre sus depósitos hasta la cantidad convenida. La cuenta arrojará en ciertos momentos un saldo a su favor y en otros, si las extracciones exceden la suma depositada, un saldo en contra.

La situación presenta cierta analogía con la cuenta corriente mercantil, desempeñando el papel de remesas del cliente, los depósitos o sumas que el banco le acredita en descubierto y de remesas del banco, los pagos que éste efectúa por orden de aquél, es decir, contra presentación de cheques. Los bancos cobran intereses sobre por el importe girado en descubierto, por lo común superior a la que devengan las partidas que acreditan (conf. R.L. Fernandez; "*Código de Comercio Comentado*" T. III, pág. 497 y sig.; CNCom. esta Sala A, mi voto, *in re*: "*Eiriz Norberto A c/ BBVA*



*Banco Francés S.A. s/ ordinario*”, 05.09.2007; *idem*, 11.05.2012 “*Labat Martin Ariel c/ Hsbc Bank Argentina S.A. S/ Ordinario*”, entre otros.).

Existe asimismo la posibilidad de que el banco atienda giros en descubierto sin autorización previa o que cubra giros en descubierto en exceso del acuerdo autorizado, cuando así lo estima conveniente en su relación con el cliente.

#### **4) El riesgo contingente.**

Respecto a este *item*, cuadra recordar que la actora definió el concepto “*riesgo contingente*” como *el cargo que las entidades financieras cobran a sus clientes de cuenta corriente cuando giran un cheque sin la suficiente provisión de fondos o se exceden en el acuerdo que pudieran tener en tal sentido* (véase fs. 14, último párrafo).

Por su parte, la demandada aclaró que, el “*descubierto en cuenta corriente*” era utilizado básicamente por empresas comerciales, unipersonales o personas jurídicas y que, no todos los titulares de cuenta corriente utilizaban el descubierto o solicitaban el servicio de cobertura de su cuenta corriente, sin tener previamente un acuerdo de giro en descubierto, que –dijo– serían las hipótesis planteadas por la actora. En dicho sentido, explicó que, el reclamo de la actora sería analizable únicamente en aquellos casos de clientes que no tienen un previo contrato o acuerdo para girar en descubierto –véase fs. 228vta.-.

Ahora bien, cabe aclarar, liminarmente, que si bien se suelen utilizar distintas denominaciones para referirse a la comisión objeto de análisis (a veces identificándola como “*descubierto en cuenta corriente*”, otras veces como “*riesgo contingente*”), ello no aparece como un escollo para efectuar el análisis que aquí nos ocupa, toda vez que, en definitiva, el concepto de “*comisión por riesgo contingente*” aparece cuando las partes se refieren a un cargo que las entidades financieras cobran a sus clientes de cuenta corriente cuando giran un cheque sin la suficiente provisión de fondos o se exceden en el acuerdo que pudieran tener en tal sentido, tal “*riesgo contingente*”, puede ser entendido como *el riesgo de pérdida debido a una potencial*



*exposición al riesgo crediticio que pueda aparecer en el futuro (cfr. esta CNCom, esta Sala A, in re: “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ Ordinario”, 07.10.2014).*

En definitiva, el “riesgo contingente” consiste en la comisión que cobra el banco a los clientes cuya cuenta corriente estuvo en descubierto el día anterior, la cual se ve reflejada en el resumen de cuenta y el banco informa el concepto y costo por resúmenes de cuenta (y en algunos casos, vía *home-banking* y/o comunicaciones varias). En general, por la mañana, a primera hora, cada entidad bancaria emite un listado donde constan todas las cuentas corrientes que están excedidas y que deben cubrir, designándose a partir de ese momento varias personas cuya tarea consiste en ubicar a cada uno de esos clientes e informarles la situación de exceso y coordinar con ellos la forma de cobertura, que debe ser efectivizada antes de las 15:00 horas.

Así pues, correspondería percibir una comisión por “*riesgo contingente*” por aquellas cuentas corrientes que *amanecen deudoras* fuera de acuerdo descubierto y el cliente cancela dicho saldo deudor en el día” (cfr. esta CNCom., esta Sala A, in re: “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Supervielle S.A. s/ Ordinario”, 28.12.2018) y también, según las condiciones pactadas en el caso, para las comisiones de acuerdos contingentes en cuenta corriente, cuando *para cubrir un descubierto producido en el día no se lo hace en efectivo o con el pago de cheques sobre depósitos conformados, sino que se realiza el pago, mediante pago por depósito de cheques por Cámara compensadora sobre depósitos no conformados.*

#### **5) La Comunicación “A” 3052 del BCRA y el contrato de cuenta corriente del sub lite.**

La Comunicación “A” 3052 del BCRA, invocada por ambas partes y aplicable al caso, dispone que, en cuanto a las *comisiones* u otros *cargos adicionales*: “*su aplicación queda circunscripta, en las condiciones que contractualmente*



*convengan con los clientes, a los servicios que las entidades presten con o sin riesgo crediticio contingente y sobre los importes no utilizados de los acuerdos de asignación de fondos” (art. 1.7.1).*

Seguidamente, en el apartado 1.7.2, se establece una prohibición en la aplicación de *comisiones*, disponiéndose expresamente que: “*no se admite su aplicación en las operaciones de crédito respecto de los importes efectivamente desembolsados, es decir, que incrementen directa o indirectamente las sumas devengadas por intereses compensatorios o punitivos*”. Es claro pues, que no se prevé la acumulación de estas comisiones con el cargo de intereses.

De otro lado, cuando se regula la manera de calcular el costo financiero total (CFT), se enumeran los conceptos computables y los no computables para ese cálculo y, dentro de estos últimos, se indican las comisiones por acuerdos de utilización de fondos bajo la forma de adelantos en cuenta corriente, en la medida en que ellas respondan estrictamente a la asignación y no estén vinculadas al capital efectivamente utilizado (párrafo 3.4.3.1).

Así pues, de la Comunicación “A” 3052 del BCRA *supra* citada surge que, la comisión cuestionada en la especie, denominada a fs. 9/19 como “*riesgo contingente*” (como único punto o en paralelo con el rubro “*exceso de acuerdo*”), solo puede ser cobrada por la prestación *del servicio de asignación de fondos* en los casos de acuerdos o adelantos en cuenta corriente para girar en descubierto, en la medida en que existan “*importes no utilizados por el cliente*” (art. 1.7.1 y apartado 3.4.3.1), siempre y cuando ello no “*incremente directa o indirectamente las sumas devengadas por intereses*” (art. 1.7.2) o, en los casos de que, no existiera un previo contrato o acuerdo para girar en descubierto. Ello, es claro, presupone un acuerdo con relación a un monto determinado o determinable por este concepto.

Del mismo modo, del contrato de cuenta corriente para personas jurídicas celebrado en la especie, surge la cláusula *decimosexta*, la cual establece que: “*Cuando el cliente no posee un acuerdo en cuenta, los importes que por cualquier causa o concepto generasen saldos deudores en cuenta corriente, deberán ser*



*cancelados indefectiblemente el mismo día en que se produzcan. Cuando el cliente posee un acuerdo en cuenta, los importes que por cualquier causa o concepto superen el límite de crédito acordado, o sus ampliaciones, serán considerados excesos y deberán ser cancelados indefectiblemente el mismo día en que se produzcan. En ambos casos, el cuentacorrentista incurrirá en mora si no efectúa esa cobertura en el plazo indicado, por lo que el saldo deudor que registre su cuenta desde ese momento hasta que sea pagado, será considerado como una obligación vencida, exigible y en mora, sin necesidad de interpelación ni requerimiento de ninguna especie, con derecho a favor del Banco a cobrar sobre dicho saldo, desde el día que se originó y hasta el día del efectivo e íntegro pago...un interés a las tasas vigentes en el Banco para la Línea de Adelantos en Cuenta Corriente Sin Acuerdo durante el período en el que se mantenga dicha situación...” (véase fs. 534).*

Al respecto, el experto contable designado en autos indicó que: “*La conformidad prestada a la totalidad de las cláusulas denota que tanto la persona física como jurídica acepta las condiciones del contrato*” y que “*(Las) comisiones son informadas dentro del Régimen Informativo de Transparencia al Banco Central de la República Argentina y monitoreadas por dicho ente rector*” (véanse fs. 550vta. y 551).

Sentadas las referencias indicadas en este ítem, corresponderá ahora pasar a analizar el reclamo efectuado por la actora con relación a las probanzas producidas en autos.

**6) Las operaciones cuestionadas a la luz de las pruebas producidas y la normativa aplicable al caso.**

**6.1.** Sentado lo precedentemente expuesto, también cabe recordar que el art. 377 CPCCN pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso.



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 se quiere que sean considerados por el Juez y respecto de los cuales se tiene interés en que sean tenidos por él como verdaderos (cfr. esta CNCom., esta Sala A, *in re*: “*Delpech, Fernando Francisco c. Vitama S.A.*”, 14.06.2007; *idem*, esta Sala A, *in re*: “*Conforti, Carlos Ignacio y otros c/B. G. B. Viajes y Turismo S.A.*”, 29.12.2000; entre muchos otros; Chiovenda, Giuseppe, “*Principios de Derecho Procesal Civil*”, t. II, pág. 253).

La consecuencia de la regla enunciada es que quien no ajuste su conducta a esos postulados rituales debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCom., esta Sala A, *in re*: “*Citibank NA c/ Otarola, Jorge*”, 12.11.1999; *idem*, esta Sala A, *in re*: “*Filan SAIC c/ Musante Esteban*”, 06/10/1989; *idem*, Sala B, *in re*: “*Larocca, Salvador c/ Pesquera Salvador*”, 16/09/1992; *idem*, Sala B, *in re*: “*Barbara Alfredo y otra c/ Mariland SA y otros*”, 15/12/1989; *idem*, Sala E, *in re*: “*Banco Roca Coop. Ltda. c/ Coop. de Tabacaleros Tucumán Ltda.*”, 29.09.1995; entre muchos otros; en igual sentido, CNCiv., Sala A, *in re*: “*Alberto de Río, Gloria c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”, 01.10.1981; *idem*, Sala D, *in re*: “*Galizzi, Armando B. c/ Omicron S.A.*”, 11.12.1981; *idem*, Sala D, *in re*: “*Greco José c/ Coloiera, Salvador y otro*”, 03.05.1982, entre otros).

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 arriesga su suerte en el pleito.

**6.2.** A esta altura, recuérdase que los *supuestos invocados* por la accionante sobre la principal cuestión que aquí nos ocupa abarcaban el cobro de comisiones cuando el *sobregiro era atendido el mismo día*, con el argumento de que al cubrirse el sobregiro en el mismo día la entidad bancaria demandada nunca afrontó el pago, ni riesgo alguno de no cobro ulterior (véase fs. 16).



Si bien, también postuló que la proyección del cobro de esa comisión con el parámetro de la *Tasa Efectiva Anual* (TEA) reflejaría que el banco percibía *intereses abusivos* (véase fs. 16vta.).

Liminarmente, cabe aclarar aquí que: “*el cobro de una comisión se fundamenta en la existencia de un servicio, mientras que el cobro de un interés se fundamenta por el préstamo del dinero*” (véase informe pericial contable a fs. 547).

Bajo este orden de ideas, correspondió a la parte actora probar la existencia de las conductas reprochadas al banco demandado, es decir, los casos en los cuales: i) el *Banco Ciudad* cobró una comisión en concepto de “*riesgo contingente*” -como único punto o en paralelo con otro concepto denominado “*exceso de acuerdo*”-, en los supuestos *de sobregiro cubiertos en el mismo día y/o ii)* cuando la proyección financiera de lo cobrado por tal concepto, aún si el descubierto prosiguió más de un día, arrojase una tasa efectiva anual que excediera los límites razonables en la materia (véanse fs. 9 y 9vta. puntos A y B).

### **6.3. La pericial contable.**

**6.3.1.** Obsérvase que, el experto contable designado en las presentes actuaciones, explicó en su informe la forma de cálculo utilizada por el *Banco Ciudad* para las comisiones de acuerdos contingentes en cuenta corriente, *cuando se realiza el pago de cheques por Cámara compensadora sobre depósitos no conformados.*

En dicho sentido, el perito indicó que: “*El costo actualizado según RD 529/01 es de 0,10% con un mínimo de \$ 5,00.*”

*Se consigna en el extracto de acuerdo al detalle siguiente: Código de Movimiento 733, Sector de Origen 902, detalle Pago s/ valores informado en el Régimen de Transparencia del ítem: Cuentas Corrientes-Personas Físicas-Comisiones-Riesgo Contingente. Débitos que produzcan o incrementen saldos deudores en cuentas corrientes sin acuerdo”* (véase fs. 546).

Por otro lado, cuando se le consultó al perito: “*A cuánto asc(endía)...la comisión vigente en materia de ‘riesgo contingente’ y a cuánto*



*asc(endía) a la fecha de inicio de la demanda durante los tres años previos a esta última fecha”, el contador informó que: “Hasta agosto 2011 era de \$ 5,00 por cada débito. Costo actualizado según RD 829/10 desde agosto 2011 es de \$ 15,00 por cada débito” (véase fs. 546).*

Ahora bien, cuando se requirió el perito contador que informara los casos en los cuales se cobraba una comisión por “riesgo contingente”, éste señaló que:

*“Según contrato de cuenta corriente exhibido, las comisiones en cuestión corresponden a un servicio que se presta al cliente. Los cuentacorrentistas tienen la obligación de no librar cheques sin haber depositado la suficiente provisión de fondos en cuenta o sin la correspondiente autorización para girar en descubierto, obligación que se le recuerda con el título de IMPORTANTE en toda la libreta de cheques” y que: “Cuando el cuentacorrentista no cumple con su obligación desencadena en la Institución Bancaria una serie de procedimientos y trabajos administrativos tendientes a la regularización de dicha situación”. Agregó que, por ello: “Los Sistemas emitirán listados de cuentas sin fondos cuyos titulares son diariamente contactados vía telefónica para alertarlos de la falta de fondos procurando la regularización en el día. Se desencadena un mecanismo de toma de decisiones respecto a la conveniencia comercial de autorizar o no los pagos. Todo lo cual conforma una importante carga administrativa que es la que fundamenta la aplicación de dichas comisiones. Pago de cheques por depósitos no conformados. Cheques que todavía no se efectivizan. Código 733, Sector de origen (es interno) aparece como pago s/ valores. Esto se cobra por la no conformación de los cheques” (véase fs. 546vta.).*

De ello, resulta, en definitiva pues, la justificación del cobro de la comisión que nos ocupa.

En este sentido, explicó el experto que: “El cobro de una comisión se fundamenta en la existencia de un servicio...” y que, aunque: “...no consta en el Banco Ciudad ningún concepto con el título Riesgo Contingente...en el Régimen



*Informativo de Transparencia se informa en ese ítem la comisión detallada del punto 1 – pues esa comisión corresponde a operaciones en las que además del servicio que se brinda al cliente existe un riesgo contingente” (véase fs. 547).*

Añadió el perito contador que: “*La comisión por pago de cheques por cámara compensadora sobre depósitos no conformados se calcula con la alícuota de 0,10% sobre la suma de dinero que quedaría en descubierto en el caso de que no fueran acreditados los valores o conformar...*” (véase fs. 548vta.).

Ahora bien, lo clave en este punto, resulta cuando el experto indica que: “*La comisión por pago de cheques por cámara compensadora s/ depósito no conformado se cobra exclusivamente en los casos en que los cheques a pagar se cubran con cheques no conformados que se acrediten en la misma fecha*”. Es decir que: “*No se percibe (comisión) en los casos en que se cobra con valores conformados como por ejemplo en efectivo*”. En dicho sentido: “*La comisión se percibe únicamente sobre eventuales saldos deudores al cierre del día, cuando se produce la acreditación de los depósitos no conformados...*” y “*...en los casos en que los depósitos con rechazados, no se cobra comisión y sí se cobran, intereses por exceso de acuerdo*” (véase fs. 549).

Es de señalar y lo destaco aquí, que de lo explicado en la peritación que se examina sobre los procedimientos observados por la demandada, no resultarían detectadas las irregularidades que se le atribuyen.

**6.3.2.** Ahora bien, a la luz de las indicaciones formuladas por el experto, resulta pertinente referir aquí *el muestreo presentado en el informe pericial contable*, esquemático y poco claro, fue realizado sobre la base de 200 resúmenes de cuenta del año 2011 y de los cuales el perito contador tomó al azar los resúmenes que consideró pertinentes para el *sub lite* (véanse fs. 579vta. y 580).

Respecto de los casos de cuentas con acuerdo, el perito extrajo aquéllas que tenían comisiones e intereses para ser estudiadas y de estos casos fue posible identificar algunas particularidades, como ser:



i) “Fs. 240. Cliente con acuerdo de \$ 16.700, utilizado del acuerdo 13.944,58, emitido cheque por \$ 3.108, superado el límite el día 30-09-11 en \$ 352,58. Ese mismo día se acreditan haberes por \$ 26.231,42 el Banco por el descubierto momentáneo del crédito cobra una comisión de \$ 6.05 incluido IVA s/ comisión” (fs. 547). En este caso se detecta que al cliente se le cobró una comisión por exceso en el giro en descubierto, aun cuando el mismo día se acreditó su cobertura en efectivo. Dicha comisión corresponde, sin embargo, por ese exceso en descubierto y no se acumuló con una comisión por riesgo contingente.

ii) “Fs. 242. Parte de un saldo acreedor de \$ 334,96. 01-08-11. Acredita \$ 1.400 saldo 1.734,96. Tranf. Datanet 363,23. Tarjetas de crédito 2.544,20. Saldo de \$ 4.642,39. Cheque \$ 2.799,66. Envío extracto \$10. Com.ch.clering \$32. Com.dep.efvo. \$16. mov.s/fondos \$5. Intereses \$ 4,99. Iva \$ 2.10. Iva \$ 3.36. Iva \$ 6.72. Iva 1,05. Ley 25.413 cred. \$ 25,85. Ley 25.413 deb. \$ 17,26. Sell. GCBA Monet \$0,14. Iva.alic.dif. \$0,52. Saldo \$ 1.717,74. No se explicita el porqué del cobro de dicho interés” (véase fs. 548 y 548vta.).

En este supuesto, se detectó el cobro de intereses y de comisión por movimiento sin fondos, aun cuando la cuenta cerró en el día con saldo positivo y el perito expresa que *no se explica el por qué, del cobro de dicho interés*.

Se explicitan en el muestreo otros casos, con saldo deudor no autorizado, con movimiento de cheques emitidos por cámara, en los cuales se cobra comisión por cada cheque emitido sin fondos acreditados, pero con depósitos de cheques el mismo día, otros casos en que se cobra comisión por movimiento sin fondos e intereses, pero dichos intereses no corresponden al movimiento sin fondos del cheque sino al saldo deudor de la cuenta a ese día y diversos supuestos que se ajustarían al procedimiento y otros, en los que no se puede desagregar el origen de los intereses para determinar superposiciones.

Así, el experto contable ha informado que: “Se cobra comisión por cada cheque emitido sin fondos acreditados, pero con depósito de cheque (el) mismo día” siempre que: “se reali(ce) el pago de cheques por Cámara compensadora sobre



*depósitos no conformados” (véanse fs. 546 y 547vta.). Por otro lado, explicó el perito que: “No se percibe (comisión) en los casos en que se cobra con valores conformados como, por ejemplo, en efectivo” (véase fs. 549).*

*También que: “Los intereses si bien se exponen dentro de la misma operatoria no corresponden al movimiento sin fondos del cheque sino sobre el saldo deudor de la cuenta a ese día” (véase fs. 548) y que: “no se exhibieron sobre qué conceptos se calcularon intereses pero surgen en la liquidación con el mismo número que la comisión” (véase fs. 549).*

*Cabe recordar que, el perito contador ha manifestado en su informe pericial que: “la información suministrada por el Banco no abarcó desde el corte del 29 de diciembre de 2011 hacia 10 años para atrás, sino que solamente se (le) entregaron (al perito) resúmenes del año 2011. Una muestra importante, pero que no se condice con los años que la actora solicita en los puntos periciales” (véase fs. 545).*

*Por otro lado, adviértase que resulta confuso que el perito contador haya manifestado en su informe que, no le era posible expedirse sobre “contabilidad informática”, ya que no contaba con los conocimientos especiales sobre este tipo de contabilidad, cuando justamente su experticia se corresponde con este punto.*

*Al respecto, el experto citó doctrina donde se explicaba que: “El perito contador, para dictaminar sobre una contabilidad informática, debe tener acceso directo y material al control de todo el sistema y a todos los datos registrados, con prescindencia de cualquier intervención de los operadores de la empresa investigada. A tal fin, si el perito no posee conocimientos especiales, deberá requerir la designación judicial de un experto auxiliar licenciado en sistemas”. Ahora bien, el experto deslizó la posibilidad de solicitar el auxilio de un licenciado en sistemas, pero, sin embargo, dicho auxilio no fue requerido a la magistrada de grado ni a esta Alzada ni por el perito, ni por la parte.*



En todo caso, más allá de las particularidades señaladas por el experto, los detalles del muestreo realizado en su informe pericial tampoco resultan claros para evidenciar con contundencia las irregularidades que se atribuyen.

**6.3.3.** Sentado todo ello, si bien la Sra. Fiscal de esta Alzada, como funcionario a cargo del “Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores” manifestó en su informe de cooperación que: “...la demandada no logró acreditar que el cobro de esta comisión se adecúe a la normativa vigente” (véase fs. 1873vta.) y que: “...no se encuentra debidamente acreditado en autos que (el) cargo por ‘Riesgo contingente’ efectivamente sea percibido por una contraprestación brindada por la entidad financiera, que justifique la percepción del mismo” (véase fs. 1874vta.).

#### **6.4. Prueba testimonial.**

Obsérvase, asimismo, que luce en la causa el testimonio del Sr. *Daniel Ángel García*, Gerente de Área Finanzas e inversiones del *Banco Ciudad*, donde dicho testigo manifestó que la comisión por “riesgo contingente” o “exceso de descubierto”: “...se aplica cuando el cliente incurre en un saldo deudor o excede el acuerdo que se le había asignado. La operatoria en la práctica es contablemente el cliente puede estar con un saldo acreedor y en el proceso que se efectúa en las madrugadas, en la compensación de valores el resultado de esa compensación provoca la originación de un descubierto en la cuenta corriente o un exceso del mismo sobre el margen que se tiene acordado, por lo tanto comienza el día en descubierto y se aplica la comisión. Cuando este proceso de sistemas detecta esta situaciones se debe correr procesos adicionales a los fines de elaborar listados para cada sucursal de estos clientes deudores y luego en la práctica cada sucursal asignará un recurso humano para el seguimiento para la cobertura de las cuentas. La función de esa persona es contactar a cada cliente que está en el saldo deudor, informarle ello y que tiene que venir a cubrir ese saldo deudor...Si no se contactara



al cliente, se rechaza el cheque incurriendo el cliente en todos los costos derivados de esa acción como por ejemplo las penalidades dispuestas por el Banco Central” (véanse fs. 443/444).

Por otro lado, el testigo antes referido explicó que: “A la apertura de las cuentas se le da al cliente un detalle de todas las condiciones a las que están sujeta la operativa, el cliente brinda conformidad firmando al final. Adicionalmente, los cuadernos de cheques que entrega el banco incluyen una leyenda que indica que no se debe librar cheques sin fondos suficientes acreditados en cuenta o autorización expresa para girar un descubierto” (véanse fs. 443/444).

Del mismo modo, el testigo *Víctor Jacinto Bescos*, Gerente de Productos del *Banco Ciudad*, declaró que: “...la comisión se cobra cuando el banco paga y autoriza los cheques del cliente” y que: “El banco se ve obligado a rechazar los cheques emitidos, cobrarle una multa al cliente de acuerdo a la normativa vigente e informarlo al BCRA a partir de una cantidad de cheques mínima” (véase fs. 445/446).

Asimismo, el testigo *Maximiliano Coll*, Coordinador de Productos del *Banco Ciudad*, manifestó que al cliente: “...se le cubre el cheque en lugar de rebotarlo” y que, para autorizar a un cliente girar un descubierto: “Se hace un análisis crediticio, solicitando balances, estatutos, antecedentes, etc” (véanse fs. 447/448).

**6.5.** Así las cosas, las probanzas rendidas en el *sub lite* demuestran que la comisión por “*riesgo contingente*”, se encontraba pactada con los clientes, con un mínimo contractualmente estipulado, más allá de haber sido cubiertos los sobregiros en el mismo día.

Por otro lado, no fue posible acreditar que, era práctica habitual de la entidad bancaria demandada, cobrar una *comisión* por *sobregiro* cuando los clientes cuentacorrentistas se excedían del acuerdo pactado con la entidad para girar en descubierto o en los casos en que no existió acuerdo de sobregiro y saldaban el descubierto con valores conformados, antes de las 15:00 horas del mismo día en que se produjo el descubierto.



Sin embargo, recuérdase que, esta Alzada pudo detectar dos (2) casos en los cuales: *i*) se cobró una *comisión por exceso de giro en descubierto*, aun cuando el mismo día se acreditó su cobertura en efectivo *pero sin duplicación por cargo de riesgo contingente* (fs. 547), *ii*) se detectó el cobro de intereses y de comisión por movimiento sin fondos, aun cuando la cuenta cerró en el día con saldo positivo (véase fs. 548 y 548vta.), caso que quizás, podría constituir, una contravención pero que no constituyó caso expreso comprendido en el objeto de la demanda.

Sobre la base de todo lo hasta aquí expresado, no cabe sino disponer el rechazo de la demanda por falta de debida prueba, en lo que a la cuestión tratada se refiere, pues el único caso detectado no resulta demostrativo de la conducta sistemática que se atribuye.

### 7) La proyección del importe cobrado por Tasa Efectiva Anual (TEA).

Cuadra ingresar ahora en el tratamiento del restante punto objetado por la Asociación demandante, esto es, si la proyección del cobro de la comisión por “*riesgo contingente*” aquí tratada en los casos en que procedió su aplicación-, con el parámetro de la *Tasa Efectiva Anual* (TEA), reflejaría que el banco demandado percibió, en definitiva, intereses abusivos en los casos en que el descubierto se mantuviera por más de un día (véase fs. 14vta.).

Ahora bien, liminarmente, cabe señalar que, la proyección pretendida por la actora, resultaría inconducente para acreditar la razonabilidad de la tasa de interés eventualmente percibida en los casos en que el descubierto se mantuviera más de un día, dado que ello importaría asimilar el cargo por “*riesgo contingente*” al cálculo de intereses, lo cual no resulta, en principio, correcto (confr. CNCom., esta Sala A, “*Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de la Provincia de Córdoba S.A. s/ ordinario*”, 30.06.2016)..



Ahora bien, cuando la parte actora requirió al experto contable que, sobre los extractos seleccionados para el muestreo, identifique los cargos por “*riesgo contingente*” y que, sobre ellos proyectara el mismo cargo como *Tasa Efectiva Anual (TEA)*, computando al respecto el monto y el tiempo que el *Banco Ciudad* dio su capital para pagar el cheque que no tenía fondos cuando llegó a la cuenta el valor respectivo (véase fs. 556), el perito respondió que, sobre el punto: “*Es tema para un Actuario*” y solo expresó que el cargo por “*riesgo contingente*” era de \$ 5 más IVA.

Asimismo, indicó que: “*El monto depende de lo que el pago del cheque exceda al importe del saldo de la cuenta corriente, pero el cargo de comisión es fijo y el tiempo, en el resumen se compensa el mismo día*” (véase fs. 556).

En dicho contexto, se entiende, que la razón del requerimiento de este *item* por parte de la actora era verificar si las comisiones percibidas por la entidad bancaria en supuestos de *descubiertos no autorizados o descubiertos que superaran el monto autorizado, que se mantuvieran más de un día*, resultaron excesivas y/o abusivas en relación a las tasas de interés utilizadas por el *Banco Ciudad*, extremo que no aparece acreditado en el caso, en forma alguna, no habiendo sido tampoco, objeto de impugnación la pericia en este aspecto.

Nótese, en esa línea, que la comisión que percibe la entidad bancaria demandada se trata -mayormente- de un cargo fijo que no se encuentra vinculado al capital sobregirado, con lo cual la proyección pretendida podría arrojar diferentes valores dependiendo del monto involucrado, pues si la proyección se efectúa tomando un sobregiro mínimo (vgr. \$ 20 de comisión por un sobregiro de \$ 100) el resultado arrojaría una tasa de interés abusiva, mientras que si para el cálculo se toma un sobregiro elevado (vgr. \$ 20 por un sobregiro de \$ 500.000) la tasa de interés resultante podría resultar exigua.

En dicho sentido, véase que, esta Sala ha fijado como pauta de razonabilidad que los intereses percibidos no podrán exceder, como tope, de la tasa cobrada por el Banco de la Nación Argentina por *descubiertos bancarios en cuenta corriente sin acuerdo* (conf. criterio sentado por esta CNCom., Sala integrada, *in re*:



“*Avan S.A. c/ Banco Torquinst S.A.*”, 07.02.2003; y replicado por esta Sala A, *in re: “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ ordinario”*, 07.10.2014; *idem*, “*Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de la Provincia de Córdoba S.A. s/ ordinario*”, 30.06.2016) y en el caso, ni siquiera se ha probado cuál era esa tasa.

Ahora bien, se desprende de la peritación producida en autos que en los casos compulsados por el experto contable, no se ha logrado determinar acabadamente la tasa de interés aplicada por el *Banco Ciudad* para los casos del *sub lite* y que, la *Asociación Consumidores Damnificados* tampoco ha probado que la proyección de las comisiones que nos ocupan, frente a los intereses cobrados por la entidad bancaria demandada en concepto de *exceso/utilización de descubierto con/sin acuerdo* resultara excesiva.

Sobre la base de todo lo hasta aquí expuesto y ante la orfandad probatoria, corresponderá receptar el agravio en lo que a la cuestión tratada se refiere y, en consecuencia, se deberá rechazar la demanda en lo que hace a la procedencia del reclamo por supuesta percepción de comisiones o cargos abusivos.

#### **8) El régimen de costas del proceso.**

Más allá del agravio puntual deducido por la entidad accionada, toda vez que lo hasta aquí expuesto determina la revocación cabe establecer el cargo de las costas (art. 279 CPCCN).

Pues bien, 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 es 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.

No obstante, si bien es cierto que ésa es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que



encuentre mérito suficiente (arts. 68 y ss. CPCCN). 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 requiera un apartamiento de la regla general (conf. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T° I, pág. 491).

Pues bien, ponderando tales parámetros, teniendo en cuenta las pretensiones deducidas en la especie y su resultado, estimo que corresponde imponer las costas de ambas instancias, a la actora vencida (arts. 68 CPCCN).

#### **V.- Conclusión.**

Por lo hasta aquí expuesto, propongo al **Acuerdo:**

a) Receptar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –*Banco de la Ciudad de Buenos Aires*–.

b) Revocar, en consecuencia, en todas sus partes, los términos de la condena dispuesta contra la accionada, rechazando la presente demanda.

c) Imponer las costas de ambas instancias a la entidad actora vencida (arts. 68 y 279 CPCCN).

#### **He aquí mi voto.**

Por análogas razones los Señores Jueces de Cámara *Doctor Héctor Osvaldo Chómer* y *Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers* adhieren al voto de la *Doctora María Elsa Uzal*. Con lo que terminó este Acuerdo.

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

a) Receptar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –*Banco de la Ciudad de Buenos Aires*–.



b) Revocar, en consecuencia, en todas sus partes, los términos de la condena dispuesta contra la accionada, rechazando la presente demanda.

c) Imponer las costas de ambas instancias a la entidad actora vencida (arts. 68 y 279 CPCCN).

Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de Primera Instancia.

Glósesse copia certificada de la presente sentencia al libro N° 133 de Acuerdos 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.

*Alfredo A. Kölliker Frers*

*María Elsa Uzal*

*Héctor Osvaldo Chomer*

*María Verónica Balbi*  
*Secretaria de Cámara*

