



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

San Nicolás, 1 de febrero de 2023.

AUTOS Y VISTOS: Los que corren bajo carátula "Usuarios y Consumidores Unidos c/ Banco de Servicios Financieros - Nulidad de contrato", Expte. n° 105.259; de los que

RESULTA:

1°).- A fs. 97/119 se presentó la asociación civil Usuarios y Consumidores Unidos, por medio de su apoderada legal, promoviendo acción colectiva contra el Banco de Servicios Financieros S.A..

En tal cometido, señaló que su accionar tiene por objeto las siguientes pretensiones, a saber: obtener una declaración de nulidad, invalidez o inexistencia de las cláusulas de los contratos que la demandada suscribió con sus clientes al imponerle a éstos el cobro de la denominada "comisión de formalización" y/o "cargo de formalización", ello por resultar gastos de gestión abusivos y/o carentes de causa; obtener una sentencia de condena que disponga el reintegro de las sumas de dinero percibidas con causa en dichos conceptos a los clientes de sus servicios financieros que hayan sido alcanzados por el cobro de dicho cargo, con más sus intereses y

costas; y obtener una sentencia de condena que obligue a la demandada a abonar una multa civil equivalente a diez veces la suma a reintegrar a los consumidores afectados.

Sostuvo que detenta legitimación activa para entablar la demanda al encontrarse involucrados derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, referente a los consumidores afectados. Asimismo, aseguró contar con la representación adecuada, encontrándose la asociación actora registrada y contando según su decir con intervención en diversas causas en clave colectiva.

En el relato de los hechos, manifestó que la aquí demandada, Banco de Servicios Financieros S.A., fue creada en el año 1998, entre Carrefour (actualmente Inc. S.A.) y BNP; que se encuentra destinada a proveer servicios financieros, ofreciendo también el uso de su tarjeta de crédito para realizar compras en todos los locales de Carrefour del país; y que actualmente posee 223 comercios adheridos en 22 provincias argentinas. Destacó que los locales de Carrefour sirven de centros de pago y que el Banco no tiene sucursales ni una plantilla de personal significativa. Manifestó que los servicios financieros son ofrecidos y llevados a cabo dentro de las instalaciones de Carrefour, refiriéndose luego a la situación financiera de la accionada.

Continuó señalando que a principios de 2011, Usuarios y Consumidores Unidos recibió la consulta del Sr. Miguel Ángel Gómez, quien en fecha 26 de noviembre de 2010 había contratado con el Banco de Servicios Financieros un préstamo, dentro de las instalaciones de la sucursal de Carrefour de San Nicolás. Dijo que en aquella oportunidad no se le había informado sobre la existencia del cargo "comisión de formalización" establecida en la solicitud del préstamo y que el Sr. Gómez recién se enteró de dicha comisión meses después cuando al realizar una consulta de deuda a través del sistema informático observó que registraba una deuda vencida por la suma de \$ 342,79, conformada por el monto de la "comisión de formalización" de \$ 242 más sus intereses. En tal lineamiento, adujo que el Sr. Gómez canceló dichos montos en fecha 18 de enero de 2011 sin reconocer hecho o derecho alguno y al solo efecto de no agravar los daños habidos.

De este modo, refirió que la asociación actora decidió formalizar una denuncia administrativa ante la OMIC local, en cuyas actuaciones la accionada se presentó negándose a reintegrar el monto de comisión de formalización.

Se refirió al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Halabi" y dentro de los requisitos

de admisibilidad afirmó, en cuanto a la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, que la clase que viene a representar se encuentra conformada por todos los clientes del Banco de Servicios Financieros domiciliados en cualquier lugar del país que se encuentran alcanzados por el cobro del cargo que en su decir es abusivo y ha venido a impugnar. En este entendimiento, estimó que dicho colectivo alcanza a más de 30.000 usuarios y consumidores a quienes el banco cobró el cargo abusivo en cuestión. Por lo demás, entendió que pese a esta estimación inicial deberá la accionada informar con precisión este número.

Encuadró las pretensiones en curso bajo la normativa de defensa del consumidor.

Postuló la declaración de abusividad de la cláusula contenida en el art. 7 de las condiciones generales del préstamo en virtud de la cual se convenía la "comisión de formalización", ello en los términos del art. 37 de la LDC, señalando, además, que violan circulares y la comunicación A-3052 del Banco Central de la República Argentina. Enfatizó el hecho de que la accionada no debió cobrar un cargo o comisión por conceder un crédito, enumerando una serie de argumentos en favor de su pretensión relativos a que aquello no se puede trasladar a los consumidores, que importa una doble imposición de

intereses, que el cargo resulta nulo por violar el derecho de información del consumidor, y en cuanto a que carece de causa la imposición del cargo cuestionado. En este seguimiento, peticionó que se declare la ilegitimidad o ausencia de causa el cargo cuestionado.

En segundo término, solicitó se ordene la restitución de las sumas indebidamente percibidas con más sus respectivos intereses; y que ello lo sea sin perjuicio de que los clientes hayan aceptado tal cargo o no de manera previa y expresa al momento del débito o del cobro que se le efectuara por aquél concepto. Solicitó que se dicte sentencia de condena contra la demandada y se disponga para la etapa posterior de liquidación de sentencia la determinación del monto global a reintegrar a los usuarios. Luego peticionó al suscripto que proceda a establecer un mecanismo de distribución individual para que cada uno de los usuarios afectados le sean reintegradas las sumas indebidamente percibidas por la accionada, requiriendo de manera complementaria que avance en una solución de "recuperación fluida".

En tercer término, solicitó se condene a la accionada a abonar daños punitivos en favor de todos los consumidores afectados que pagaron el cargo en cuestión, refiriendo que no existe obstáculo o impedimento alguno para que la asociación actora solicite la aplicación de

multa civil en nombre y representación de los usuarios perjudicados. En tal medida, requirió que la misma se fije en el equivalente a diez veces las sumas cobradas por la aplicación de dicho cargo y/o lo que en definitiva fije el suscripto.

Aseveró que en autos se encuentran cumplimentados los requisitos de admisibilidad para la acción colectiva señalados pretorianamente por la CSJN en el fallo "Halabi".

Ofreció prueba y peticionó que en su hora se haga lugar a la demanda impetrada con más sus intereses y costas a cargo de la accionada.

2°).- A fs. 121 se confirió traslado de la demanda y a fs. 128/159 compareció el Banco de Servicios Financieros S.A. contestando la demanda dirigida en su contra.

En tal seguimiento, opuso la accionada excepciones de incompetencia y de falta de legitimación activa.

Luego, planteó la accionada que la asociación reclamante no ha cumplido con las exigencias requeridas para la procedencia de la acción colectiva. En este sentido, adujo que no ha podido ni intentado identificar de manera precisa el grupo o colectivo afectado. Asimismo, sostuvo que la actora no ha cumplido con el

requisito de notificar a todos los interesados para que puedan comparecer como parte, no pudiendo pretender hacerlo luego de trabada la litis; todo lo cual revela que no ha cumplido la accionante con la certificación de quien se presente como actor en el juicio de una acción de clase. Refirió que la asociación actora no conoce a los consumidores que manifiesta representar y tampoco conoce los contratos que la accionada utiliza y que constituyen el objeto de la acción, careciendo de representación adecuada.

A continuación procedió a realizar la negativa de los hechos expuestos por la parte actora, señalando que las personas a quienes pretende representar la asociación actora se encuentran vinculadas con el Banco a través de contratos; y que las partes haciendo uso de su libertad de contratar y la autonomía de voluntad resolvieron vincularse contractualmente; que a través de esos contratos cada uno de los clientes lograron hacerse de lo que necesitaban, es decir de un préstamo personal para cubrir sus necesidades; y cuyos términos, como la tasa de interés, cargos, fechas y lugar de pago, consecuencia de la mora y de los incumplimientos, fueron claramente descriptos y explicados a los potenciales clientes antes de la obtención de los créditos personales y de manera previa a la celebración de los contratos.

Señaló que la entidad bancaria demandada como cualquier otra del sector se encuentran bajo el control del BCRA, siendo esta la autoridad de contralor que inspecciona y fiscaliza a las entidades financieras, resultando por ende incoherente imaginar la existencia y mantenimiento en el mercado de cargos asociados a productos ofrecidos por una entidad sujeta al control del BCRA en violación al derecho vigente. En este contexto, dijo que el BCRA implementó un régimen específico de transparencia que se publica a través de la página web del Central en el que se difunde públicamente información que comprende productos y servicios financieros ofrecidos por las entidades a sus clientes, entre los cuales se encuentran los préstamos personales. Adujo que la presentación de esos datos requeridos implica el cumplimiento del Régimen informativo establecido por comunicaciones del BCRA, y aquella información permite al interesado conocer, entre otras cosas, los cargos que el banco cobra para los préstamos personales que otorga. Explicó el funcionamiento de dicho régimen e indicó que el banco demandado es una entidad que cumple con dicho régimen y ha presentado la información al BCRA con la periodicidad exigida, entre la cual se encuentra la existencia e importe del cargo que objeta la actora en estas actuaciones. Manifestó, en este sentido, que el

Creado por: SN/JONDARCOHU el
2/2/2023 9:19:47 a. m.

hecho de que este cargo esté debidamente informado dentro del régimen de transparencia implica su procedencia y admisibilidad.

Enfatizó el hecho de que el cargo cuestionado es un cargo clara y expresamente previsto, y debidamente informado a los clientes tanto por su expresa inclusión en el texto de los términos y condiciones como también en cuanto a su implicancia económica al tratarse de un importe que el cliente puede conocer y evaluar al momento de contratar. Rechazó el hecho de que el cargo de formalización sea una imposición del banco en perjuicio de los clientes, tampoco que se trate de un cargo que se agrega para adicionar al cliente una carga más de cuya existencia no estaba al tanto y no podía tenerlo en cuenta al inicio del contrato.

Negó que la cláusula que contempla el cargo en cuestión sea abusiva, señalando que su inclusión expresa cumple con lo dispuesto por el art. 36, inc. h) de la LDC. Dijo que el cargo de formalización está permitido en la Comunicación del BCRA A 3052.

Señaló que el cargo en cuestión responde a erogaciones que el Banco se vio obligado a hacer con anterioridad al otorgamiento de un préstamo personal y que está exclusivamente relacionadas con ese préstamo. Alegó que el procesamiento y actualización de

información, las averiguaciones relativas al análisis crediticio que se requieren para el otorgamiento de cada préstamo generan erogaciones que escapan a las actividades propias y habituales del banco accionado, ya que solo se generan para cada uno de esos supuestos o casos de préstamos requeridos, y el producido del cargo cuestionado es destinado a solventarlos. De este modo sostuvo que esa posibilidad que la ley admite y legitima es la que fue y está incluida en los contratos dentro de los cargos propuestos y aceptados por los clientes. Acotó que los controles periódicos que le realiza el BCRA no ha observado el cobro del cargo objetado; que el cargo no se encuentra incluido dentro de la prohibición expresada en el punto 1.7.2 de la comunicación A 3052 del BCRA y que no incrementa directa o indirectamente las sumas devengadas por intereses compensatorios o punitivos. Aseveró que la autoridad de aplicación exige que sean informados los cargos, pero no restringe su valor y esta resolución tiene su clara explicación en que el BCRA conoce con certeza las características de la actividad bancaria, los costos y gastos asociados de acuerdo a la naturaleza de cada producto.

Aseguró que la cláusula que contempla el cargo impugnado no encuadra dentro de los supuestos de cláusulas abusivas comprendidos en la norma.

Cuestionó el pedido de nulidad de la cláusula formulada por la parte actora, así como el reintegro de las sumas cobrados por el banco. Cuestionó por improcedente el requerimiento de imposición de daño punitivo, cuestionando que la asociación actora se encuentre legitimada a petitionar su aplicación al caso.

Ofreció prueba y solicitó que en su hora sea rechazada la demanda con imposición de costas a cargo de la actora.

3°).- A fs. 163 se tuvo por contestada la demanda y se confirió traslado a la parte actora de los planteos excepcionantes opuesto por la accionada.

A fs. 180/184 se dictó sentencia interlocutoria en la que se resolvieron las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación activa deducidas por la parte accionada, siendo ambas rechazadas.

4°).- A fs. 189 se resolvió abrir a prueba las actuaciones ante la existencia de hechos controvertidos de necesaria y debida comprobación, ordenando a las partes a que en el plazo de diez días ofrezcan la prueba con que intentaran valerse a fin de formar los legajos respectivos.

A continuación, se formaron los legajos de prueba, ordenándose su producción. De seguido se encuentra acompañada la prueba efectivamente producida por las partes, y a fs. 468 obra el certificado realizado por el Actuario que da debida cuenta respecto de la prueba realizada por las partes. A continuación, se ordenó la entrega de las actuaciones a cada una de las partes a fin de que aleguen sobre el mérito de las pruebas producidas.

A fs. 469/472 presentó alegatos la parte actora y a fs. 474/484 hizo lo propio la parte accionada.

A fs. 491 obra dictamen del Sr. Fiscal interviniente en autos, el que no reviste la condición de dictamen fundado según los términos expuestos en el pronunciamiento dictado a fs. 494, el cual ha sido puesto a la consideración de las partes aquí encontradas y consentido por estas.

A fs. 497/498 fue ordenada como medida para mejor proveer las medidas de publicidad allí establecidas, las cuales se encuentran debidamente cumplimentadas en la causa.

A fs. 514 fueron llamados los autos para sentenciar, resolución que firme como se encuentra ha colocado la causa en condiciones del dictado de un pronunciamiento definitivo; y

CONSIDERANDO:

I.- Que la asociación Usuarios y Consumidores Unidos promovió demanda colectiva contra el Banco de Servicios Financieros S.A. a fin de obtener una declaración de nulidad, invalidez o inexistencia de la cláusula de los contratos que la demandada suscribió con sus clientes en la que le imponen a éstos el cobro del denominado "comisión de formalización" y/o "cargo de formalización", ello por resultar gastos de gestión no informados debidamente, ilícitos, abusivos y/o carentes de causa; obtener una sentencia de condena que disponga el reintegro de las sumas de dinero percibidas con causa en dichos conceptos a los clientes de sus servicios financieros que hayan sido alcanzados por el cobro de dicho cargo, con más sus intereses y costas; y obtener una sentencia de condena que obligue a la demandada a abonar una multa civil equivalente a diez veces la suma a reintegrar a los consumidores afectados.

A su turno, compareció el Banco de Servicios Financieros S.A. oponiendo excepciones de incompetencia y de falta de legitimación activa que ya han sido resueltas en autos por vía de la sentencia interlocutoria obrante a fs. 180/184, en la que se ha decidido desestimar ambos planteos. Por lo demás, la parte accionada cuestionó la

procedencia de la acción colectiva por incumplimiento de los requisitos exigidos por el fallo "Halabi" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Subsidiariamente, contestó demanda realizando la negativa de estilo y trajo diversos argumentos en su defensa que han sido detallados en los resultandos a los que me remito en honor a la brevedad y por conducto de los cuales requirió el rechazo de la demanda.

II.- Referencia ineludible al nuevo Código Civil y

Comercial de la Nación y consideraciones previas:

Antes de avanzar sobre la temática objeto de litigio y el derecho aplicable a la materia, parece propicio hacer una referencia al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que ha empezado a regir en nuestro país a partir del 1° de agosto del año 2015 (cfr. art. 7° de la ley 26.994, modificado por la ley 27.077).

El art. 7 del CCCN es una norma de derecho transitorio que establece tres reglas básicas: (a) la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento a hechos y actos jurídicos y a relaciones jurídicas nacidas luego de su entrada en vigencia, alcanzando también a las consecuencias no agotadas de relaciones o situaciones jurídicas ya existentes a ese momento; (b) la

irretroactividad de la nueva ley, sea o no de orden público, salvo ciertos supuestos autorizados por el legislador y siempre que no afecte derechos amparados por garantías constitucionales, por lo que el nuevo Código no es aplicable a los hechos definitivamente cumplidos y agotados, ni a las consecuencias concluidas; y (c) aplicación diferida o ultractividad en materia de contratos y normas dispositivas, por lo que en tales aspectos se sigue aplicando la normativa derogada, salvo que las nuevas normas sean imperativas (esto es, indisponibles para las partes) o **que refieran a relaciones de consumo y las nuevas normas sean más favorables al consumidor, en cuyo caso se aplicarán éstas últimas** (cfr. Galdós, Jorge M., "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en La Ley 16/11/15, 3, LL 2015-F, 867).

En consecuencia, advierto que los hechos denunciados acaecieron con anterioridad al 1° de Agosto del año 2015 que ha sido la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código. Sin embargo, las normas más protectorias para el consumidor o usuario previstas en ese cuerpo legal también resultan aplicables -encontrándose el caso encuadrado bajo las normas de consumo, conforme lo indicado en el considerando siguiente relativo al "marco

legal"-, en razón de la aplicación inmediata que prevé expresamente el art. 7 CCCN, que consagra, de ese modo, una excepción a la regla de la irretroactividad de la ley (cf. SCBA C. 119.562, "Castelli, María Cecilia...", del 17/10/18; Galdós, Jorge Mario, La responsabilidad civil y el derecho transitorio, La Ley, 2015-F, 867, Cita Online: AR/DOC/3711/2015 -con la colaboración de Gustavo Blanco-; El art. 7 CCCN y el derecho transitorio en la responsabilidad civil (en la primera etapa de implementación del Código Civil y Comercial) en Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., Tratado de Derecho de Daños, t. III; El art. 7 CCCN y algunas reglas de derecho transitorio en materia de responsabilidad civil, Rubinzal on line RC D 5/2016).

Por otra parte, antes de avanzar, acoto también que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (cfr. doctr. art. 384 del C.P.C.; CNCiv., Sala A, in re "N.C., L.B. y otro c. Edificio Seguí 4653 S.A. y otros", La Ley 2014-D, 388). Asimismo, cabe destacar que el suscripto se formará su convicción respecto de la

prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica (cfr. art. 384 del C.P.C.).

III.- **Marco legal y el cumplimiento de los requisitos para la admisibilidad de la acción de clase:**

El presente reclamo se analizará a la luz de las disposiciones de la ley de Defensa del Consumidor n° 24.240 y las normas del nuevo Código Civil y Comercial, el cual contiene disposiciones que alcanzan al derecho de consumo.

En este seguimiento, me adelanto en apuntar que la asociación de consumidores promotora de esta acción colectiva ha venido a formular sus pretensiones en favor del colectivo de consumidores afectados por la "comisión de formalización" y/o "cargo de formalización" incorporado en los contratos suscriptos con la entidad bancaria accionada. Justamente, los contratos bancarios están comprendidos dentro de los "servicios" mencionados en el art. 1 de la ley 24.240 y 1092 del CCCN, y respecto de los cuales el banco es uno de los proveedores, según el art. 2 de la ley 24.240, de los servicios mencionados (cfr. Kemelmajer de Carlucci, "Responsabilidad de los bancos por errónea información. ¿Puede un inversor ser consumidor?", Revista de Derecho Privado y Comunitario.

Contratos Bancarios, Rubinzal-Culzoni, 2005-3-81; art. 1093 CCCN); encontrándose las partes vinculadas a través de típicas relaciones de consumo (cfr. arts. 3, 36 LDC; 1092, 1093, 1384 y concordantes del CCCN).

Sentado lo anterior, no resulta factible soslayar que la falta de una norma que regule de manera integral los procesos colectivos, reclamada sistemáticamente al Congreso de la Nación por la CSJN en cada fallo que dicta sobre la materia, no ha impedido que en los tribunales se avanzara en la tutela colectiva de los derechos, en base a los parámetros delineados por el máximo Tribunal del país.

En este sentido, a partir del fallo "Halabi" la Corte estableció una serie de requisitos que deben cumplir las acciones colectivas, a saber: (i) la existencia de un hecho único o continuado que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (consid. 13 del fallo); (ii) la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar. La existencia de causa o controversia se relaciona con los elementos homogéneos que tiene una pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho (consid. 13 del fallo); (iii) el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda, con lo cual podría

verse afectado el acceso a la justicia (consid. 13 del fallo); (iv) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado (consid. 20 del fallo); (v) la idoneidad de quien pretende asumir la representación del grupo afectado (consid. 20 del fallo); (vi) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo (consid. 20 del fallo); (vii) un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito, como la de comparecer en él como parte o contraparte (consid. 20 del fallo); (viii) la implementación de medidas adecuadas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disimiles o contradictorias sobre idénticos puntos (consid. 20 del fallo) (cfr. CSJN, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", Fallos 332:111; LL 2009-B, 157). Estos requisitos han sido aplicados consistentemente por la Corte en el caso "Padec c. Swiss Medical" (cfr. CSJN, 21/08/2013), y en distintos casos que involucraron a usuarios de servicios bancarios

Creado por: SN/JONDARCUHU el
2/2/2023 9:19:47 a.m

tales como por ej. en "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ordinario" (cfr. CSJN, 24/6/2014), "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BBVA Banco Francés S.A. s/sumarísimo" (CSJN, 16/6/2015), y "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Bank-boston NA s/ sumarísimo" (CSJN, 14/3/2017; ver Ferrari, Matías, "Acciones colectivas", en Ghersi, Carlos - Weingarten, Celia - Lovece, Graciela (direcs.), Derechos de los Consumidores y Empresas en las relaciones con las Entidades Bancarias, Errejus, Buenos Aires, 2020, p. 257/258).

Llegado a este punto me abocaré a la verificación del cumplimiento puntual de cada uno de estos requisitos, algunos de los cuales la demandada ha señalado como incumplidos y otros ya han tenido respuesta con motivo del pronunciamiento vertido en la sentencia interlocutoria dictada a fs. 180/184.

De tal manera y siguiendo el orden referido más arriba, cabe advertir que el "hecho único" que causa una lesión a una pluralidad relevante de consumidores vinculados con la entidad bancaria accionada, la causa fáctica común que requiere el precedente "Halabi", se encuentra en el cobro del llamado "cargo de formalización" o "comisión de formalización" incorporado

en los contratos bancarios suscripto con los referidos consumidores. A este respecto se encuentra debidamente acreditado en el expediente la pluralidad relevante de consumidores alcanzados por el cobro del referido cargo a partir de la pericia contable producida en autos -ver pericia contable, contestación al punto 4) a fs. 288 vta./299- (cfr. arts. 375, 384, 474 y concordantes del C.P.C.).

Se encuentra comprobado, también, que las pretensiones deducidas se circunscribe en los efectos comunes del reclamo -en el caso la declaración de nulidad o de abusividad y el reintegro de lo percibido indebidamente y sus accesorios-, dado que con la incorporación en los contratos del referido cargo de formalización se alcanza a todos los sujetos afectados.

Asimismo, ningún elemento probatorio se ha producido en la causa a los fines de rebatir la conclusión de que los montos comprometidos no justifican el hecho de que cada uno de los integrantes de esa clase promueva una acción individual, ni que hasta podría resultar económicamente inconveniente -fíjese que el valor del cargo de formalización tuvo los siguientes valores: \$ 121, \$ 242 y \$ 363, ver pericia contable a fs. 289 vta. respuesta al punto de pericia 6)-. Por lo que la procedencia formal de la acción colectiva se impone como

único medio de asegurar a la justicia en el reclamo de los referidos derechos (cfr. CNCom, Sala C, 30/05/2022, "Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco de La Pampa S.E.M. s/ sumarísimo", LL 03/08/2022, 5).

La precisa identificación del grupo o colectivo afectado se encuentra suficientemente alegada y probada, y estos son los consumidores afectados por el cobro del llamado cargo de formalización y respecto de los cuales la entidad bancaria accionada hubo incorporado en los contratos suscriptos con aquellos.

En cuanto al presupuesto relativo a "la idoneidad de quien pretende asumir la representación del grupo afectado" ya ha sido objeto de tratamiento en la sentencia interlocutoria dictada a fs. 180/184, en cuya oportunidad señalé, entre otras cosas que "...la asociación de consumidores actora tiene domicilio social en esta ciudad -ver Estatuto a fs. 11/18, art. 1º, fs. 22, art. 1º y copia de escritura de poder adjunto a fs. 30/34-; y que la misma se encuentra debidamente registrada en la Provincia de Buenos Aires y en la órbita nacional -ver fs. 25/27 (esta última indicando que "Usuarios y Consumidores Unidos" eran antes "Consumidores Nicoleños") y 28/29-;..... que la asociaciones de defensa del consumidor se encuentran legitimadas para interponer, sin necesidad

de acreditar mandato alguno, una acción colectiva tendiente a proteger intereses individuales homogéneos (cfr. arts. 52, 55, 56, 57 y concordantes de la ley 24.240; arts. 42 y 43 del a Constitución Nacional; Picasso-Vázquez Ferreyra, "Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 691/692)...; y que en cuanto aquello señalado por la demandada referido a que no tiene vinculación contractual o extracontractual alguna con la asociación de consumidores actora, considero que no resiste el menor análisis. Es que la asociación de consumidores actora **ha venido a iniciar la presente acción colectiva en nombre y representación de todo el colectivo afectado en la cuestión.** Así lo tiene dicho calificada doctrina autoral al considerar que "las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas..pueden actuar 1) en defensa de sus asociados o miembros, y 2) en defensa de un interés difuso o sea de un interés general". Y en el mismo sentido Gordillo ha dicho que "obviamente los intereses que representan la asociación no son solamente los de los propios asociados como algunos pretenden sostener, **sino necesariamente los del universo de usuarios en igualdad de situación.** Lo contrario es pretender quitar sentido a la ley y a la reforma

constitucional que la reafirma: una auténtica desinterpretación irrazonable.." (cfr. Bersten, "Derecho Procesal del Consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 430/431)".

Por lo demás, aquel aspecto concerniente a la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo, ya ha sido motivo de análisis.

Finalmente, en relación a los presupuestos relativos a que se cumpla con "un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte", y a que se disponga de "la implementación de medidas adecuadas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disimiles o contradictorias sobre idénticos puntos", han sido objeto de una medida para mejor proveer dictada a fs. 497/498, en la que dispuso el suscripto las siguientes medidas de publicidad: " 1.- Proceder por

Secretaría a la anotación e inscripción del presente juicio en el Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva creado en la Provincia de Buenos Aires -en el que queda subsumido el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva- (cfr. Acordada n° 360 de la SCBA).

2.- Ordenar a la parte demandada la publicación de edictos por 3 días en el Boletín Oficial a fin de dar debida difusión a la facultad de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio de tomar intervención en estos actuados como parte o contraparte; o la alternativa de optar por quedar fuera del pleito y salirse de los efectos "erga omnes" de la sentencia a dictarse en autos....3.- Ordenar a las partes, que acrediten la publicidad ordenada en el punto anterior de manera destacada en sus páginas web y/o redes sociales asociadas a las mismas; publicidad que deberá extenderse por el plazo de veinte días -circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en autos-. Asimismo, deberá la entidad demandada anotar al listado de sus clientes sobre este aspecto mediante envío de correo electrónico, debiendo acreditar su cumplimiento. 4 . -

Deberá informarse en las medidas dispuestas en los puntos 2 y 3 el objeto de la pretensión incoada y esencialmente que si no manifiestan voluntad en contrario en la causa,

la sentencia que eventualmente hiciera lugar a la pretensión hará cosa juzgada a su respecto. Asimismo se dispone que la publicación y notificación deberá contener adecuada individualización de los autos así como el domicilio del juzgado en que se encuentran tramitando, debiendo presentarse por Secretaría para su confronte los edictos respectivos". Tales medidas, vale destacar que fueron cumplidas por las partes en la causa.

Como colofón, cabe prevenir que nos encontramos frente a derechos individuales homogéneos que habilitan idéntico tratamiento, a lo que se agrega que la posibilidad de las asociaciones de consumidores de promover reclamos de carácter patrimonial, es temperamento expresamente admitido por el art. 54, párrafo tercero de la ley de defensa del consumidor (cfr. CNCom, Sala C, 30/05/2022, "Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco de La Pampa S.E.M. s/ sumarísimo", LL 03/08/2022, 5). A esta categoría de "derechos individuales homogéneos" es a la que pertenecen los derechos de los consumidores aquí afectados, encontrando asidero en lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 43 de la Const. Nacional.

IV.- La pretensión de declaración de nulidad, invalidez o inexistencia de la cláusula de los contratos que la demandada suscribió con sus clientes al imponerle a éstos el cobro de la denominada "comisión de formalización" y/o "cargo de formalización":

Distintos han sido los argumentos expuestos por la asociación de consumidores actora en procura de declarar la nulidad, invalidez o inexistencia de la cláusula de los contratos que la demandada suscribió con sus clientes al imponerle a éstos el cobro de la denominada "comisión de formalización" y/o "cargo de formalización".

Ahora bien, antes de analizar la licitud de aquella, considero conveniente abordar ciertas cuestiones previas. A tal efecto, las dudas invaden al suscripto ante los distintos nombres puestos a aquello percibido por la entidad bancaria y que se ha adicionado a los préstamos, atinentes a la llamada "**comisión de formalización**" o "**cargo de formalización**"; es decir, me pregunto si es una "comisión" o un "cargo". Me pregunto también qué es esto de la "formalización", cuál ha sido la causa fuente de dicho importe y cuál ha sido el monto cobrado a cada uno de los consumidores afectados, y cómo ha sido determinado y cómo ha estado específicamente compuesto.

Por de pronto y siendo que según la pericia contable obrante en autos en los contratos celebrados entre enero de 2010 y diciembre de 2013 fue percibido por la entidad bancaria -en rigor ha sido desde y hasta esa fecha, pese a que al contestar el punto 2) dijo que lo fue desde mayo de 2010 hasta la entrada en vigencia de la Comunicación A 5460 del BCRA del 19 de julio de 2013, dado que según el cuadro elaborado por el perito a fs. 288 vta./289 alcanzó la percepción tales períodos- aquello que se encontraba formalizado mediante su inclusión en formulario denominado SOLICITUD DE PRÉSTAMO, identificado claramente bajo la denominación "COMISIÓN DE FORMALIZACIÓN", y determinada de manera fija (no relacionada al monto del préstamo), no pudiendo afirmar que se hubiera modificado el nombre de concepto "COMISIÓN DE FORMALIZACIÓN" por otro similar -ver pericia contable a fs. 288 vta., respuesta al punto de pericia 3); coincidente con el formulario de solicitud de préstamo personal del consumidor afectado Miguel Angel Gómez adjunto a fs. 80, en copia autenticada y que fuera presentada en el expte. administrativo n° 5011 formado a raíz de la denuncia radicada ante la OMIC de San Nicolás-. Luego, el experto contable dictaminó que "la determinación del monto del

Cargo de Formalización se sustentó en una decisión comercial de la demandada, relacionado con los valores de los gastos que debía abonar a empresas que aportaban servicios para la emisión de préstamos (ej. Informes comerciales, comisión de promotores, etc.). El valor del cargo se determinó como un importe fijo a cobrar sobre cada préstamo, no dependiendo del valor prestado, sino por un valor que el BSF entendió que cubría los gastos de otorgamiento. El valor del "cargo de formalización", informado al Organismo de Control como "Cargo de originación", tuvo los siguientes valores: \$ 121 - \$ 242 \$ 363 -ver fs. 289 vta., respuesta al punto 6)-. Después, el perito contador, al tratar los puntos de pericia de la demandada dijo algo similar, aunque refirió que lo percibido en concepto de "cargo de formalización" ha tenido por objeto cubrir los gastos que ocasionó la tramitación de informes comerciales de los solicitantes de créditos -ver fs. 349 vta., respuesta al punto de pericia 2.a)-.

Aclaro que los contratos suscriptos entre BSF y sus clientes donde consten los términos y condiciones de sus productos financieros y en los que se pudieran haber convenido la comisión de formalización, pese a haber sido requerido como prueba por la actora -ver ofrecimiento de

prueba como documental en poder de la demandada a fs. 233 y auto de fs. 235 en donde se ordena su producción intimando a la demandada a que acompañe tal documentación- no han sido traídos por la entidad bancaria accionada -ver escrito de fs. 259 y proveído de fs. 260-, incumpliendo con lo dispuesto por el art. 53, tercer párrafo de la ley 24.240 que dispone que "*Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio*".

A esta altura y según lo anterior, puede advertir el suscripto que desde lo técnico **lo que fuera percibido por el banco demandado ha sido un cargo y no una comisión como falsamente se lo ha denominado en la solicitud de préstamo**. Esto desde que las comisiones son la contraprestación de un servicio prestado por la propia entidad y, por el contrario, el cargo es el costo del servicio que una tercera empresa presta a favor del cliente o de la entidad.

En este orden cosas, por el solo hecho de ser esto así y analizada los elementos probatorios señalados según las reglas de la sana crítica, me encuentro convencido de

que los consumidores no han comprendido ni podido comprender aquello que la entidad bancaria finalmente les ha cobrado con el falso nombre de "comisión de formalización", cuando en realidad debió ser consignado claramente como un "cargo", no despejando dudas la palabra "formalización", cuyo significado según la Real Academia Española, como derivado de formalizar, es "revestir algo de los requisitos legales o de procedimiento", o "concretar, precisar algo". Ni lógicamente tampoco pudieron haber comprendido cuál ha sido la causa fuente -porque en el formulario de solicitud de préstamo no se lo explicita-, ni tampoco la composición de ese importe percibido por el banco a cuenta de esa "comisión", cuando advertimos que al expedirse el perito contador, este sostuvo que era genéricamente a cuenta de informes comerciales, comisión de promotores, etc., y en los formularios de solicitud de préstamo consignada un monto único sin discriminación de importes (cfr. art. 384 del C.P.C.).

En este contexto, no resulta factible soslayar que los consumidores tienen derecho a la información, y por consiguiente la entidad bancaria accionada tiene el deber de informar en forma cierta, clara y detallada todo lo

relacionado con las características esenciales de los servicios que provee, y las condiciones de comercialización, según lo estipula el art. 4 de la ley 24.240, haciéndolo de forma cierta y detallada de acuerdo a lo señalado por el art. 1100 del CCCN, o en forma adecuada o veraz al decir del art. 42 de la Const. Nacional. Esto alcanza indudablemente al **cargo en disputa, el cual debió ser informado a los clientes del banco al momento de la celebración de los contratos de préstamo, indicándose de manera precisa el origen, monto y composición del mismo.** En esta misma sintonía, cabe advertir que el art. 36, LDC, constituye otra de las tantas manifestaciones particulares del deber de información que se encuentran a lo largo de la LDC. La referida norma establece que **en las operaciones de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor, bajo pena de nulidad, -entre otros- "los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere"** (inc. h), lo cual debe ser interpretado de manera amplia, incluyendo toda suma de dinero que incida en el monto **final a pagar por el consumidor** (cfr. Chamatropulos, Demetrio, Estatuto del Consumidor Comentado, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 581). De este modo y **según lo expuesto en párrafos anteriores, tengo para mí que la**

Creado por: SNI/ONDARCUHU el
2/2/2023 9:19:47 a. m.

entidad bancaria demandada ha incumplido con lo dispuesto por la mencionada norma, debiendo por ello decretarse la nulidad de la cláusula que ha consagrado el referido cargo, alcanzando la nulidad al instrumento probatorio del crédito pero no así al otorgamiento del propio crédito, debido a que sería una consecuencia grave y no querida por el consumidor, siendo esta la interpretación más adecuada ya que entendemos que la norma pretende la protección del adquirente, y esta manera se preservaría su derecho a contratar dentro de un marco regulatorio favorable (cfr. Müller, Enrique C. - Saux, Edgardo I., comentario al art. 36 LDC, en Vázquez Ferreyra, Roberto A. - Picasso, Sebastián (direcs.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 425). En este mismo sendero, el art. 37, último párrafo, LDC dispone "En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera

necesario" -lo subrayado nos pertenece-, **refiriéndose la norma a un comportamiento abusivo de parte del proveedor** (cfr. Farina, Juan M., Defensa del Consumidor y del Usuario, 4^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 426).

Incluso, existe un elemento más que deslegitima el cargo cuestionado, el cual se encuentra dado en el hecho de que **el valor del mismo, según el perito contador, se determinó como un importe fijo a cobrar sobre cada préstamo, no dependiendo del valor prestado, sino por un valor que BSF "entendió" que cubría los gastos de otorgamiento, siendo que, además, los valores informados al Organismo de Control como "Cargo de originación", tuvo distintos montos -\$ 121, \$ 242 \$ 363, ver pericia contable fs. 289 vta., respuesta al punto 6)-. Puestas así las cosas y en la medida que aquí se trató en rigor de un "cargo" -entendido este como el costo del servicio que una tercera empresa presta a favor del cliente o de la entidad-, debió en todo caso -para el hipotético supuesto que admitiéramos su validez- trasladar al consumidor ni más ni menos que el costo de aquello que le fue cobrado al banco por el tercero, y no un valor que entendía unilateralmente la entidad bancaria que cubriría los gastos de otorgamiento. En este orden, cabe advertir**

que la entidad bancaria accionada ni siquiera ha logrado acreditar en autos haber satisfecho el pago de este cargo a terceros durante todo el período de tiempo en que le fuera cobrado a los consumidores afectados. Véase en este sentido que al dictaminar el perito sobre el detalle de clientes de BSF alcanzados por el cobro del cargo y períodos de tiempo, realizó un cuadro comprensivo desde el mes de enero de 2010 hasta diciembre de 2013 -ver fs. 288 vta./289-; en tanto que a la hora de demostrar el pago realizado por BSF a terceros con gestiones vinculadas con el cargo de referencia sólo pudo constatar facturas pagadas a Organización Veraz -por servicios de emisión de informes comerciales- y Cetelem Gestion S.A. -por servicios de plataforma de sistemas, operaciones y legales- durante el ejercicio del año 2011. Acotamos que sobre esta última firma -Cetelem Gestión S.A.- ni siquiera se pudo determinar en que consistieron las gestiones realizadas y relacionadas con el otorgamiento de préstamos personales que pudieran integrar el cargo en cuestión, dado que la entidad bancaria accionada no diligenció la prueba destinada al efecto -ver ofrecimiento de prueba informativa a fs. 335, punto D) y declaración de negligencia probatoria por vía de

sentencia interlocutoria de fs. 456/459-. En este contexto, cabe advertir que el propio Banco Central de la República Argentina a través de la comunicación titulada "Protección de los usuarios de servicios financieros" -comunicación "A" 7645- dispuso en la cláusula 2.3.2.1 lo siguiente: **"Todas las comisiones, cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto -excluyendo la tasa de interés- que los sujetos obligados perciban o pretendan percibir de los usuarios de servicios financieros ("comisiones y cargos"), deben tener origen en un costo real, directo y demostrable y estar debidamente justificados desde el punto de vista técnico y económico".** Ello claramente no lo ha abastecido el Banco de Servicios Financieros.

Todo esto determina que el cargo percibido por el banco sea ilícito, habiendo cobrado a los consumidores afectados "cargos" bajo un nombre inadecuado -como una comisión-, y asignado a servicios prestados por terceros de manera genérica e imprecisa, además de no haberlos la entidad bancaria siquiera justificado con la actividad probatoria que se encontraba a su cargo (cfr. art. 375 del C.P.C.).

Sumado a todo lo anterior, cabe destacar que prima en el caso la aplicación del principio *in dubio pro*

consumatore según el cual en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece la ley del consumidor prevalecerá la más favorable al consumidor (cfr. art. 3, LDC; arts. 1093, 1094, 1095, 1384 y ss. del CCCN).

A tenor de todo lo expuesto, corresponde decretar la nulidad de la cláusula que incorpora la llamada "comisión de formalización" en los contratos suscritos por los consumidores afectados y que fuera percibida por la entidad bancaria accionada, la cual deberá restituirse al colectivo en cuestión, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

V.- *Obiter dictum* mediante, considero atinado tratar algunos planteos traídos por la entidad bancaria accionada en su defensa.

En tal contexto y en primer lugar, tengo para mí que la accionada se ha pretendido defender reivindicando la autonomía de voluntad, en el hecho de que las personas físicas que ha venido a representar la asociación de consumidores actora han contratado con el banco en ejercicio de su libertad de contratar, celebrando contratos por medio de los cuales cada uno de los clientes han logrado hacerse de lo que necesitaban, y a

tasas, cargos, etc., que según su postura han sido claramente descritos y explicados a sus potenciales clientes -fs. 144 vta./145 vta.-. En este orden de cosas, cabe señalar que **las normas protectorias del derecho del consumidor, por su calidad de "orden público" según la definición de la propia ley (art. 65), actúan "recortando" o "acotando" la autonomía de voluntad, para evitar que el contrato que conciertan los individuos y que da nacimiento a un "acto de consumo" pueda desnaturalizar aquellas normas fundacionales.** Ésa es, cabalmente, la operatividad del orden público en esta materia: no se desconoce el contrato, que es, sin duda, la cantera más rica que sirve de vehículo a la satisfacción de las necesidades económicas del hombre. **Sólo se "regula" (en rigor se *reglamenta*) esa libertad contractual para que se ejerza sin exceso, sin lesión ni abuso, respecto de determinados intereses preeminentes, connotados por el "bien común" (cfr. Gerscovich, Carlos G., Consumidores bancarios. Derechos Económicos de los bancos y sus clientes, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 221).**

En segundo lugar, el banco accionado ha pretendido escudarse de la acusación de ilegitimidad del cargo cuestionado señalando que su actividad se encuentra

controlada y fiscalizada por el BCRA, y por tanto resultan inimaginables la existencia de cargos en violación del derecho vigente; en que ha cumplido con el régimen de transparencia implementado por el BCRA; y en que el cargo de formalización está admitido y permitido por la Comunicación A 3052 del BCRA, etc. Ahora bien, a este respecto la jurisprudencia tiene dicho que "aun en el supuesto de entenderse -en base a dicha Comunicación, conforme interpretación propuesta por el banco accionado- que hasta su dictado, a contrario sensu, la percepción del cobro de dicha comisión se encontraba entonces consentida de manera implícita por la autoridad regulatoria, eso de manera alguna habilita a sostener, que su regulación administrativa importa un obstáculo para examinar en sede judicial la eventual ilicitud de la misma. Ello conforme a que las decisiones administrativas tampoco están excluidas de su control judicial (arts. 116 y 42 de la Const. Nacional; art. 3 in fine de la ley 24.240, y art. 989 CCCN)" (cfr. CNCom, Sala C, 30/05/2022, "Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco de La Pampa S.E.M. s/ sumarísimo", LL 03/08/2022, 5). Por lo demás y aunque disimiles han sido las interpretaciones sobre si el cargo impugnado se encuentra admitido por la Comunicación A 3052 del BCRA, en tanto

para la demandada lo estaba y para la asociación actora estaba prohibido -ver demanda a fs. 107 y vta. y contestación de demanda a fs. 147 vta. y ss.-, y sin perjuicio de que se ha decidido que la llamada "comisión de formalización" es ilícita y nula, debe, ante este panorama, primar la aplicación del principio *in dubio pro consumatore* según el cual en caso de duda sobre el alcance de la norma prevalecerá la solución más favorable al consumidor (cfr. art. 3, LDC; arts. 1093, 1094, 1095, 1384 y ss. del CCCN).

VI.- La pretensión de reintegro de las sumas de dinero percibidas con motivo de la "comisión de formalización" a los clientes de sus servicios financieros alcanzados, con más sus intereses:

Sobre el particular, atento a que se ha declarado la nulidad de la "comisión de formalización" cobrada por la entidad bancaria accionada, aquella percepción ha devenido sin causa y, en consecuencia, **corresponde ordenar la restitución de los montos al colectivo de consumidores afectados** (cfr. arts. 1093, 1094, 1095, 1100, 1384, 1796, inc. d) y concordantes del CCCN; arts. 499 y 792 del Código Civil; arts. 4, 36, 37, último

párrafo de la ley 24.240; art. 42, 43 de la Const. Nacional).

En autos han quedado debidamente acreditados el número de consumidores afectados, los períodos de tiempo en que han sido suscriptos contratos que han incluido la referida comisión y los importes percibidos indebidamente por el Banco de Servicios Financieros, más no contamos con un detalle de los nombres de los afectados y datos identificatorios, así como tampoco los importes individuales cobrados a cada uno de ellos -siendo que los valores han variado entre los siguientes importes de \$ 121, \$ 242 \$ 363-. En este sentido, en el informe pericial el experto contable realizó un cuadro en el que puntualizó que **en el año 2010 y entre los meses de enero a diciembre el número de clientes alcanzados por la comisión de formalización han sido 3618 personas, y así sucesivamente en los 12 meses del 2011: 6845 personas, del 2012: 19 personas y del 2013: 319 personas** -ver pericia contable a fs. 288 vta./289, respuesta al punto 4)-; **lo cual totalizan unos 10.801 consumidores afectados.** En cuanto a los importes cobrados por la entidad bancaria **el perito contador informó que en el año 2010 BSF percibió por la comisión de formalización la**

suma de \$ 404.287,56, en el año 2011: \$ 1.177.803, en el año 2012: \$ 4.098,35, y en el año 2013: \$ 178.996,68; todo lo cual llega a la suma indebidamente percibida de \$ 1.765.185,59 -ver pericia a fs. 289-. Estos importes deberán ser devueltos a cada uno de los consumidores afectados -el monto individual que le fuera cobrado por comisión de formalización-, con más sus intereses a la tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento a treinta días calculada desde cada cobro de comisión indebida y hasta el efectivo pago (así se ha decidido en un caso del todo parangonable con el presente, ver JNCom, Nro. 16, 20/12/2019, "ADDUC c. Banco Itaú Argentina S.A. s/ordinario", RCCyC 2020 (julio), 223, La Ley AR/JUR/51676/2019).

En cuanto a aquello que no se encuentra determinado en el expediente -listado de clientes afectados e importes individuales cobrados en concepto de comisión de formalización a cada uno de ellos; indispensables para hacer efectiva la sentencia-, considera atinado el suscripto que el perito contador designado en autos, en la etapa de ejecución de sentencia y en un plazo de quince días contados desde la firmeza de este

pronunciamiento, junto con el cálculo de los intereses devengados según la tasa dispuesta en el párrafo anterior, realice en base a los libros contables de la entidad bancaria accionada un listado detallado de los nombre y apellidos, documentos de identidad y domicilios de cada uno de los consumidores a los que se les ha cobrado comisión de formalización y los importes individuales cobrados a cada uno de ellos (cfr. art. 165 del C.P.C.).

Una vez determinada en la etapa de ejecución las sumas a restituir -capital más intereses- a cada uno de los consumidores comprendidos en el colectivo afectado -según el importe cobrado en concepto de comisión de formalización-, deberá seguirse el procedimiento de pago dispuesto por el art. 54, tercer párrafo de la ley 24.240, el cual establece que: “.Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación...”. En consecuencia y en tal cometido, deviene

pertinente que se proceda a la apertura de una cuenta judicial a nombre de estos autos y orden del suscripto en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Tribunales, en cuya cuenta deberá la entidad bancaria accionada depositar, una vez firme la liquidación practicada por el perito y en un plazo de diez días, el monto a restituir, debiendo oportunamente instrumentarse la puesta a disposición de los fondos en favor de cada uno de los beneficiarios.

A los fines de otorgar publicidad al contenido de la sentencia, dar a conocer el progreso de la acción y en definitiva garantizar el efectivo conocimiento de los consumidores que integran el colectivo beneficiado por el crédito a su favor, publíquese oportunamente por tres días en el Boletín Oficial, en el diario Clarín y La Nación. Esta publicación estará a cargo de la entidad bancaria demandada. Asimismo, deberán realizar la publicidad de marras, ambas partes en sus páginas web y/o redes sociales asociadas a las mismas; publicidad que deberá extenderse por un plazo de 180 días. La accionada, por lo demás, deberá enviar correos electrónicos a las direcciones de emails que los consumidores hubieran

proporcionado y que se encuentren en la base de datos de la empresa.

Comuníquese mediante oficio a librarse por Secretaría de esta decisión al BCRA atento a su calidad de organismo de contralor de la actividad financiera.

VII.- La pretensión de que se condene a la entidad bancaria por daño punitivo:

Los daños punitivos han sido definidos por el profesor Ramón Daniel Pizarro como "las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (cfr. Pizarro, "Derecho de Daños", 2° parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.). Al respecto cabe remarcar la naturaleza sancionatoria del daño punitivo, constituyendo ésta una verdadera multa civil; y también, como nota distintiva del instituto, su función preventiva que se encuentra destinada a evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera punición; de modo tal que, con las condenaciones punitivas, se crea un impacto psicológico, como amenaza disuasoria que constriña a

desplegar precauciones impeditivas de lesiones análogas o a abstenerse de conductas desaprensivas (cfr. Santarelli, "El robo de las cajas de seguridad: un rubro a reclamar, el daño punitivo", LL 7/01/2011, 1; Trigo Represas, "La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor", LL 3/05/2010, 1).

Antes de avanzar, cabe advertir que el banco accionado cuestionó la posibilidad de que la asociación de consumidores actora tuviera legitimación para petitionar la aplicación de daño punitivo -ver fs. 155-.

Siendo ello así, cabe advertirse que el art. 52 bis de la ley 24.240 no distingue entre las acciones que pueden ser deducidas por un legitimado activo colectivo o por un consumidor individual, de modo que todos pueden ejercitar el mismo espectro de acciones. Y ello llevaría a la posibilidad de reclamar daños punitivos en el marco de acciones colectivas (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, segunda ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 564/565; Bersten, Horacio L., La multa civil en la Ley de Defensa del Consumidor. Su aplicación a casos colectivos, LL 19/3/2009, ps. 2 y 3).

Salvado lo anterior, vale remarcar el hecho de que si bien la norma que da carta de ciudadanía al daño punitivo no lo exige expresamente, "no basta con el mero incumplimiento" -señala el art. 52 bis que "Al proveedor

que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor..”-, en la medida que según la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que es ineludible la concurrencia de un elemento subjetivo y otro objetivo para poder admitir la aplicación del daño punitivo. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa o la debida diligencia; debe concurrir la culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia. En tanto que el elemento objetivo consiste en una conducta que produzca un daño grave, que sea una conducta reprochable, antisocial y disvaliosa del proveedor, y que, por su trascendencia social, repercusión institucional o, por su gravedad exija adoptar una sanción ejemplar (cfr. Galdós, Jorge Mario, La responsabilidad civil. Análisis exegetico, doctrinario y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780 CCCN, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. I, p. 461). En este lineamiento, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009 se concluyó que “los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición de dominante y también supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos”.

Creado por: SN/JONDARCUHU el
2/2/2023 9:19:47 a. m.

Realizada esta reseña analizaré seguidamente si la conducta del banco demandado es pasible de daño punitivo. En tal consideración, recuerdo aquí que al tratar la pretensión de nulidad de la "comisión de formalización" advertí sobre **el grave incumplimiento al deber de información por parte de la entidad bancaria** (cfr. arts. 4, 36, inc. h), 37, último párrafo de la ley 24.240; art. 1100 del CCCN). No volveré a repetir todo lo allí señalado, aunque lo indicado en tal considerando resulta trasladable a este punto a fin de evaluar la conducta de la accionada. Aunque sí vale remarcar en este acápite la importancia del derecho fundamental de los consumidores a una información cierta, clara, detallada y veraz; y a su contrapartida, que es el deber de información a cargo del proveedor -en autos el banco accionado-, el cual contiene como una de sus finalidades, la protección del consentimiento del consumidor aquí gravemente violentado. Entendido esto en cuanto en el caso puntual de autos **los consumidores afectados no pudieron comprender que junto con el préstamo se le sumaba el cargo aquí cuestionado que ha llevado el nombre de "comisión de formalización", incrementando el monto del crédito a devolver por éstos y ocasionándole un perjuicio económico injustificado.**

Además, insisto en cuanto a la ilegitimidad del cargo percibido por el banco, que ha sido cobrado a los consumidores afectados bajo un nombre inadecuado -como una comisión-, y asignado a servicios prestados por terceros de manera genérica e imprecisa, además de no haberlos la entidad bancaria siquiera justificado con la actividad probatoria que se encontraba a su cargo.

Resulta indudable que mediante tal injustificado proceder, procuró el banco obtener una ganancia ilícita a costa de sus propios clientes y que ello no puede ser admitido. Por solo esto y a fin de desalentar este tipo de situaciones en la actividad financiera corresponde aplicar el daño punitivo.

Nótese, a su vez, que el banco demandado, pese a su indudable profesionalidad en la materia y presumiblemente conocimiento de aquellas normas que regulan continuó con la percepción del cargo cuestionado aun cuando el Banco Central de la República Argentina mediante la comunicación determinó su prohibición. Esto es así puesto que el perito contador dictaminó que luego de la sanción de la comunicación n° 5460 del BCRA, el banco demandado no tuvo autorización para el cobro para solventar cargos por otorgamiento de apertura de créditos -ver pericia a fs. 289 vta., respuesta al punto 8)-, y la referida

comunicación fue publicada por el BCRA el 19 de julio de 2013, publicada en el Boletín Oficial 9 de agosto de 2013 y vigente para las regulaciones referidas a contratos financieros y costo financiero desde el 30 de septiembre de 2013 -ver fs. 299-; sin embargo, la entidad bancaria accionada le siguió cobrando a sus clientes la comisión de formalización hasta diciembre de 2013 -ver cuadro elaborado por el perito a fs. 288 vta./289, y fs. 350, respuesta al punto b)-.

Destaco nuevamente aquí como un agravante el número de consumidores afectados injustamente por la llamada "comisión de formalización", que han sido unas 10.801 personas y que ha abarcado un lapso de tiempo de cuatro años en los que repetidamente el banco ha incluido en los contratos con sus clientes dicho cargo.

Hasta aquí y según todo lo expuesto, resulta indudable que se encuentran reunidos los recaudos para declarar la admisibilidad del daño punitivo peticionado.

A la hora de ponderar la cuantificación del daño punitivo en autos, deben tenerse en cuenta que las únicas pautas de graduación que establece el art. 52 bis de la ley 24.240 son "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso". Compartimos la idea que estos parámetros son imprecisos y quizá demasiados amplios, y

que deben complementarse con pautas más precisas que ofrece la propia ley. En este sentido, el art. 49 de la ley 24.240 -aunque se encuentre referido a sanciones administrativas- dispone que "se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho" (cfr. Ondarcuhu, José Ignacio, Publicidad engañosa, Astrea, Buenos Aires, 2021, ps. 285/286). Esto mismo ha sido puesto en consideración por la doctrina en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, en el año 2010, en el que por unanimidad y de *lege lata* se dijo: "Para la graduación de la sanción deben tomarse en consideración los parámetros que incorpora el art. 49 de la ley 24.240".

Asimismo, cabe advertir que la propia ley de defensa del consumidor fija un tope máximo para la multa. Así lo dice el propio art. 52 bis, en su última parte al establecer que **"La multa civil que se imponga no podrá**

superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley". Y en este punto resulta destacable que **el art. 47 ha sido reformado a través del art. 119 de la ley 27.701 -publicada en el Boletín Oficial el 1/12/2022 y actualmente vigente-, habiendo modificado, en lo que aquí interesa, el inc. b) de la norma, que con anterioridad establecía un tope máximo de \$ 5.000.000, elevándolo ahora hasta el tope máximo de hasta dos mil cien (2.100) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).** Para tomar real dimensión de la reforma no resulta factible soslayar que una canasta básica de hogar 3 alcanza a diciembre de 2022, según datos del INDEC, a los \$ 160.412,53, los que multiplicados por 2100 CBT, alcanzan el tope máximo de **\$ 336.866.313 que configura el tope máximo de daño punitivo a fijarse al día de la fecha** (cfr.https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_01_23DF5760FF57.pdf). El tope máximo de \$ 5.000.000 (art. 47, inc. b), texto según ley 26.361, B.O 7/04/2008) resulta hoy hasta irrisorio para casos como el de autos, habiendo quedado devaluado tal monto desde su consagración en el texto legal, por el propio devenir del tiempo y por consecuencia del proceso inflacionario que

castiga a nuestro país desde hace ya largos años; además de resultar inapropiado a los fines del cumplimiento perseguido por la norma. Por esto, es bienvenida la modificación de la norma con topes actualizables.

Aclaro que corresponde aplicar al caso los actuales topes que por daño punitivo establece la nueva norma en la medida que resultan claramente más beneficiosos para los consumidores -aspecto referido en el considerando II, y en que señalamos que **la aplicación inmediata que prevé expresamente el art. 7, in fine del CCCN, consagra, de ese modo, una excepción a la regla de la irretroactividad de la ley-**; y desde que pese a que los contratos en los que se incorporaron la llamada "comisión de formalización" se han celebrado con anterioridad a la vigencia de la norma, la restitución de tales importes y la aplicación del daño punitivo encuadra dentro de las consecuencias o derivaciones no agotadas previstas en el primer párrafo del art. 7, del CCCN. En este punto, entiendo que la cuantificación del daño punitivo, esto es su *quantum*, constituye una consecuencia de dichas relaciones jurídicas, debiendo cuantificarse el daño punitivo según la ley vigente en el momento que la sentencia determina su medida.

En base a todo lo anterior, resta decidir el monto de la multa que debe aplicarse al banco demandado. En tal sentido, en virtud de la gravedad de la conducta de la accionada y demás circunstancias del caso que han sido detalladas, el hecho de haya continuado con el cobro del cargo cuestionado aun cuando el Banco Central de la República Argentina mediante la comunicación determinara su prohibición -circunstancia que no podría desconocer la entidad bancaria dada su profesionalidad en la materia-, el importante número de consumidores afectados, la posición en el mercado de la entidad bancaria accionada y los beneficios económicos indebidamente percibidos, juntos con las demás circunstancias relevantes del caso, considero atinado fijar una suma de total de **TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 30.242.800)**, los que deberán distribuirse a pro rata y en forma igualitaria entre todos los consumidores afectados, los cuales se individualizarán en la etapa señalada en el considerando anterior. En este último aspecto, considero, junto con la opinión de la doctrina, que **la multa debe ser repartida entre la masa de consumidores afectados** (cfr. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del Consumidor Comentado, La Ley,

Buenos Aires, 2016, t. II, p. 311; Bru, Jorge M. y Stiglitz, Gabriel A., Régimen de responsabilidad civil por daños al consumidor, en Rusconi, Dante D. (coord.), Manual de Derecho del Consumidor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 438), **lo cual determina también que el monto de la multa, el cual a primera vista puede parecer muy abultado, en realidad resulta más que razonable al representar una suma de \$ 2.800 para cada consumidor afectado -resultante de la división de \$ 30.242.800 por 10.801 consumidores-.**

Creado por: SNI/JONDAR/CIHU el 2/2/2023 9:19:47 a. m.

A los solos fines de no dejar sin tratamiento la cuestión, advierto que la entidad bancaria accionada ha cuestionado la constitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240. Siendo ello así, debo reparar que por si solo fuera por el tenor de la forma en que ha sido articulada la inconstitucionalidad deducida, tal tacha no puede ser eficaz, al haber sido planteada en términos genéricos, y en la medida en que no es función atingente a la jurisdicción el ejercer un control en abstracto sobre la constitucionalidad de las leyes, sino la de aventar perjuicios sobre los derechos afectados por aquellas. Y es que resultaría imprescindible la invocación de las garantías supuestamente vulneradas, y también el desarrollo imprescindible para la debida acreditación de

tal compromiso. La descalificación de un precepto legal por repugnante a la Constitución está necesariamente en el caso vinculada con la actividad probatoria, así como de sus planteos argumentales, los que deben poner de manifiesto la cuestión constitucional a dirimir.

Al margen de esto, jurisprudencialmente se tiene dicho que **el art. 52 bis de la ley 24.240 es constitucional porque, pese a la impropia formulación legal, el instituto del daño punitivo no se presenta como incompatible con la Constitución Nacional ni con el sistema represivo sino que, por el contrario, resulta una herramienta complementaria y hasta superadora, en tanto alcanza el castigo y la prevención de conductas que generalmente escapan a la mano de la Justicia Penal** (cfr. CC, Mar del Plata, sala I, 11/6/2014, "A., L. A. c. Amx Argentina S.A. s/ rescisión de contratos civiles/comerciales", LOnline, AR/JUR/29911/2014).

En cuanto a los intereses que deban adicionarse al daño punitivo se computarán a partir del incumplimiento de su pago, para el supuesto en que éste tuviera lugar luego de la firmeza de esta sentencia (conf. CC, San Nicolás, RSD-7-2017; RSD-167-2017), pues la imposición del art. 52 bis de la norma consumeril no es una indemnización ni tiene por objeto mantener la indemnidad

de la víctima, estando asociada a la idea de prevención de daños futuros (cfr. Vázquez Ferreyra, Roberto, "La naturaleza jurídica de los daños punitivos", en Daño punitivo, Rev. de Dcho. de Daños, 2011-2, Rubinzal-Culzoni, p. 104 y ss.). Los intereses, además, serán eventualmente calculados a la tasa fijada en el considerando anterior -consid. VI-.

VIII.- En cuanto a las costas, estas deben imponerse a la parte demandada conforme la regla que consagra el principio general de la derrota (cfr. art. 68 del C.P.C.).

Por tales fundamentos, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales y lo establecido por los arts. 68 y 163 del C.P.C, es que

FALLO:

I.- La presente causa, haciendo lugar a esta acción colectiva deducida por la asociación **Usuarios y Consumidores Unidos** contra el **Banco de Servicios Financieros S.A.** y, en consecuencia: (i) **declaro la nulidad de la cláusula que incorpora la llamada "comisión de formalización" en los contratos suscriptos por los**

consumidores afectados y que fuera percibida por la entidad bancaria accionada; (ii) ordeno la restitución de los montos percibidos en tal concepto al colectivo de consumidores afectados, con más sus intereses, a la tasa, según los términos, plazos y procedimiento establecido en el considerando VI. Cúmplase, asimismo, con las medidas de publicidad y demás comunicaciones señaladas en el considerando VI; y (iii) condeno a la accionada a pagar a la masa de los consumidores afectados la suma de TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 30.242.800) en concepto de daño punitivo en el plazo de diez días y bajo apercibimiento de ejecución (cfr. art. 163, inc. 7, 497 y ss. del C.P.C.). Dicho monto deberá distribuirse a pro rata y en forma igualitaria entre todos los consumidores afectados, lo que representa una suma de \$ 2.800 para cada consumidor afectado, ello conforme los términos dispuestos en el considerando VII, con más sus intereses, en el caso que debieran corresponder.

II.- Las costas correrán a cargo de la entidad bancaria demandada en su calidad de vencida en el proceso (cfr. art. 68 del C.P.C.).

III.- Difiérase la regulación de los honorarios del perito y de los profesionales intervinientes para la

oportunidad en que se practique una liquidación definitiva.

REGISTRESE.- NOTIFIQUESE electrónicamente a las partes y al Sr. Fiscal interviniente.-

Creado por: SN\JONDARCUHU el
2/2/2023 9:19:47 a. m.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 01/02/2023 12:05:12 - ONDARCUHU Jose Ignacio - JUEZ



243600751007441919

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 5 - SAN NICOLAS

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

**Creado por: SN\JONDARCUHU el
2/2/2023 9:19:47 a. m.**