



Poder Judicial



ASOCIACION MUTUAL DE ASISTENCIAS INTEGRADAS C/ BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES SA S/ DEMANDA DE DERECHO DE CONSUMO

21-02930333-6

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 12da. Nom.

T° F° N° ROSARIO,

Y VISTOS: Los presentes caratulados: “Asociación Mutual de Asistencias Integradas c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/Demanda de Derecho de Consumo ” Cuij: 21-002930333-6, en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 12da. Nominación de Rosario, Santa Fe, de los que resulta;

La parte actora, Asociación Mutual de Asistencias Integradas, por apoderado, promueve Juicio Ordinario de Cobro de Pesos y Daños y Perjuicios por incumplimiento contractual en relación de consumo, contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y/o quien resulte jurídicamente y solidariamente responsable por los incumplimientos contractuales que luego referirá, tendiente al cobro de la suma de \$ 1.198.745,81 (Pesos Un Millón Ciento Noventa y Ocho Mil Setecientos Cuarenta y Cinco con 81/100), con más intereses a partir del mes de Septiembre de 2017, costas, gastos y daños punitivos del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Expone que el calvario que tuvo que pasar comenzó a principio de Septiembre del 2017, cuando intempestivamente y sin aviso previo el Banco de Galicia y Buenos Aires le cerró la cuenta corriente N° 8663-1 075-5 de su titularidad, situación que surge reconocida por el intercambio epistolar que luego detallará.

Explica que, por el tipo social que tiene su parte -Asociación Mutual-, es esencial contar con el uso de una cuenta corriente para que la misma pueda funcionar, siendo la propia Ley de Asociaciones Mutuales N° 20.321, art. 28, la que obliga a las mutuales de todo el país para prestar sus servicios a los asociados y para funcionar a canalizar todas sus operaciones por intermedio de las entidades bancarias como la aquí demandada.

Aduce que, para el caso de que las mutuales intenten burlar esta obligación impuesta por la ley, el ente controlador -I.N.A.E.S.- puede sancionar severamente tal incumplimiento, a tal punto de retirar la autorización para funcionar como mutual en forma permanente, intervenirla, aplicar multas, etc., y es por eso que su parte realizaba todas sus operaciones por intermedio del Banco de Galicia y Buenos

Aires, y a éste, conociendo dicha situación, no le importaron las consecuencias, cercenando en forma arbitraria y abrupta un servicio esencial para ella.

Indica que venía operando normalmente con el banco demandado durante larga data y, un día sin aviso previo, cuando uno de los empleados de la mutual intenta ingresar al sistema bancario llamado “*home banking*”, el mismo le deniega el acceso, lo que llevó al empleado a pensar que se trataba de un mero error o problemas informáticos, por lo que esperó a que el problema se resolviera en el transcurso de los días.

Manifiesta que, avanzado el mes de Septiembre de 2017, el empleado intentó nuevamente acceder al sistema otorgado por el Banco de Galicia y Buenos Aires, al efecto de poder realizar las cobranzas de la cuota social a los asociados.

Postula que dichas cobranzas se realizan a través de un sistema llamado “*Débito Directo*”, y que dicho servicio es prestado por el banco, el cual cobra un porcentaje variable por el uso del mismo llamado “*Comisión de Servicio de Cobranza*”, además del mantenimiento mensual de la cuenta corriente.

Ilustra que, con ese servicio, su parte podía cobrarle directamente de las cuentas bancarias de los asociados que pertenecían a la mutual, y a los que se les habían prestado diferentes servicios y/o ayudas económicas.

Profundiza que el servicio que presta el banco como “*Débito Directo*” funciona como una especie de orden enviada por su banco hacia el banco del asociado, diciéndole debo cobrarte la suma de pesos “x” mediante un sistema propio del mismo banco y, si en la cuenta del asociado hay fondos suficientes para atender dicha orden, el banco del asociado le envía la orden al banco de la mutual, transfiriéndole en un plazo de 48 hs. la suma debitada en su cuenta corriente.

Agrega que para ello el asociado firma y presta su entera conformidad para que la mutual mande la orden del débito en cualquier momento del mes en curso, todo de acuerdo al servicio prestado y/o bien a la ayuda económica solicitada.

Invoca que, desafortunadamente, personal de la mutual iba a ser supuestamente “*preavisado*” como la ley lo indica en fecha 4 de Octubre de 2017, cuando recibieron una CD N° 732143821 en el domicilio de la misma, dirigida por el Banco de Galicia y Buenos Aires, la que procede a transcribir y a la que me remito en honor a la brevedad.

Entiende que la mala fe contractual del banco no tiene precedente, porque lo que parece que fuese un aviso previo a la actora en verdad no lo fue en los hechos.

Advierte que los empleados del banco que firman la Carta Documento, con una real malicia redactan la mencionada carta con una fecha apócrifa -08/09/2017-, cuando su parte recibió dicho medio fehaciente en fecha 04/10/2017, por lo



Poder Judicial

que lo que pareciera como un preaviso de la institución en verdad no lo fue, es decir, que se incumplió con la normativa de fondo que la misma demandada cita (art. 1404 C.C.C.)

Precisa que, sin perjuicio de que el banco no tenía motivo alguno para cerrar la cuenta corriente utilizada por su parte -dejándola totalmente desamparada, siendo para ella un servicio esencial tanto la cuenta corriente como el servicio del “Débito Directo”- pasó a cerrarla de igual forma, sin además manifestar causal alguna. Adiciona que no había ninguna convención entre las partes de que debiera hacerse de otra forma, como lo establece la propia ley, caso contrario hubiese sido manifestado oportunamente por la aquí demandada.

Remarca que la única obligación del banco era preavisar con un plazo al menos de 10 días, y tampoco lo hizo, generando daños y perjuicios irreparables al día de hoy hacia la Asociación Mutual de Asistencias Integradas.

Refiere que, frente a la terrible decisión del Banco de Galicia y Buenos Aires del cierre de la cuenta corriente, el presidente de la asociación pasó a contestar la CD recibida, remitiéndome nuevamente *brevitatis causae*.

Puntualiza que por entonces, con la mencionada CD N° 834041329 enviada en fecha 05/10/2017, se pensó que el Banco Galicia y Buenos Aires iba a revertir el cierre de la cuenta corriente aceptando el grave error cometido, pero la realidad de los hechos fue que hasta el día de la fecha dicha cuenta nunca más fue re-abierta ni utilizada por su parte.

Señala que todo ello llevó a que la actora, analizando que la demandada no iba a realizar la apertura de la cuenta corriente, con fecha 13 de Octubre de 2017 convocó al Consejo Directivo de la Asociación, el cual mediante Acta N° 140, y por unanimidad, tomó las siguientes determinaciones: a) Realizar las gestiones judiciales por el perjuicio ocasionado; y b) realizar las aperturas de otras cuentas bancarias que brinden el servicio del débito directo a los fines de poder realizar la cobranza de los asociados.

Esgrime que, posteriormente, personal de la Asociación pasó a llevar la documentación necesaria para realizar las aperturas de cuenta corriente en otras entidades bancarias, y también la documentación necesaria para poder utilizar el servicio del débito directo, tan necesario para la cobranza de la asociación.

Destaca que ello no fue para nada fácil e insumió considerable tiempo por parte del personal de la asociación poder dar de alta otras cuentas corrientes y el servicio del débito directo, todo con motivo de que había un incorrecto concepto de las asociaciones y cooperativas en general -o en su caso poniendo

a todas en la misma bolsa-, y consecuentemente los bancos evitaban realizar nuevas cuentas corrientes a dichas entidades, como así también dar de alta el mencionado servicio de “*débito directo*”.

Resalta que su parte siempre cumplió con toda la normativa que la rige como es la Ley 20.321, con todas las resoluciones del I.N.A.E.S., con la resolución 5.586/12 de dicho ente, Ley 25.246 -Lavado de Activos de Orígenes Delictivos-, control por parte de la Unidad de Investigación Financiera, y su cumplimiento con la resolución del 11/12, como así también régimen y estricto control trimestral por intermedio de informes obligatorios enviados al I.N.A.E.S.

Informa que siguió insistiendo, debido a que era la única forma de subsistir para la asociación, y así es que recién en el mes de Mayo de 2018 consiguió la apertura de la cuenta corriente y que le brinden el servicio de débito directo en el Banco Francés para poder realizar las primeras cobranzas de los asociados.

Elucida que el actuar de la demandada generó un gravamen irreparable para su parte, desde el riesgo inminente de extinguirse, quebrantos financieros irre recuperables, perjuicios en brindar más servicios y ayudas económicas a los asociados, hasta la nueva incorporación de asociados a la asociación.

Comenta que posteriormente, siendo que no se la indemnizó por todos estos daños y perjuicios, inició Mediación Prejudicial Obligatoria, concurriendo la demandada a la reunión pero manteniendo su postura reacia a solucionar el problema sufrido por su parte.

Alega que la demandada violó el deber de buena fe, reiterando que la actora jamás fue preavisada como la ley lo indica notificando el cierre de la cuenta corriente, sino que simplemente le mandaron la CD luego de realizado el cierre, sin pensar en las consecuencias disvaliosas que para ella y para todos sus asociados eso podía traer.

Enfatiza que nunca fue informada en forma adecuada y detallada de la situación que padecía en tiempo y forma, y tampoco la causal por la cual era cerrada la cuenta, es decir que el demandado incumplió con los más elementales deberes contractuales a su cargo de lealtad, información y previo consentimiento, propios de una entidad financiera.

Insiste en que la accionada es profesional, especializada en la actividad que desarrolla, agravando ello su responsabilidad frente al usuario, y que su conducta no puede ser juzgada bajo los parámetros aplicables a un inexperto, sino que debe ajustarse a un estándar de responsabilidad agravado en tanto profesional titular de una empresa con alto nivel de especialización.



Poder Judicial

Interpreta que no cabe duda alguna de que el contrato con la demandada es de consumo, y que ello surge reconocido por la propia accionada con la CD N° 732143821 enviada a su cliente, avisándole el cierre de la cuenta corriente, por tanto resultan aplicables a la presente demanda las siguientes pautas: a) indubio pro consumidor; b) términos y cláusulas abusivas; c) información cierta, clara y detallada; d) daño punitivo; e) justicia gratuita; f) prueba (art. 26 Ley 23.361); g) elección del procedimiento más extenso; y h) intervención al agente fiscal.

Reclama los rubros: a) daño material - daño emergente; b) lucro cesante - pérdida de chance; y c) daño moral.

En cuanto al daño material emergente, explica que el mismo consiste en el incumplimiento por parte de la demandada de preavisar -como la ley ordena- para el cierre de la cuenta bancaria de titularidad del actor.

Entiende que tiene al menos dos agravantes por la condición de la actora: a) el banco le prestaba un servicio de débito directo esencial y único para la cobranza de las cuotas de los asociados; y b) el cliente no puede hacer uso de otros medios que no sean los bancarizados para cobrar dichas cuotas.

Relata que se desencadenó que dichos débitos directos de los asociados no puedan ser cobrados por la asociación, todo motivado en el incumplimiento de la demandada, generándose un quebranto financiero, y teniendo como único responsable a la aquí accionada cuando en el mes de Septiembre de 2017 decidió abruptamente dejar de prestar el servicio de débito directo y de cerrar la cuenta corriente.

Alude que resta ahora efectuar la cuantificación global que surge de los libros contables, considerando justo solicitar se fije la indemnización por este daño emergente en la suma total de \$ 616.087,87, o en lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse y el criterio del tribunal.

Con respecto al rubro lucro cesante, reclama el experimentado por la actora a partir de la fecha del hecho -Septiembre de 2017-, representado por la diferencia frustrada que existió entre la situación económica que tenía la asociación con anterioridad del hecho y la que se dio posteriormente del mismo.

Afirma que, por otro lado, también hubo una pérdida de chance en dos aspectos: 1) en que la asociación siga creciendo en la cantidad de asociados inscriptos en la misma; y 2) en la cantidad de los servicios y ayudas económicas que la asociación podía brindarle a sus asociados.

Manifiesta que el importe final y concreto de este perjuicio saldrá a la luz en la etapa probatoria, no obstante realiza una estimación de la

indemnización por lucro cesante en la suma total de \$ 183.076,00, o lo que en más o en menos resulte de la prueba y del criterio del tribunal.

Sostiene que ha padecido un serio y notorio desequilibrio emocional a consecuencia del cierre de la cuenta bancaria, sin preavisar y en forma abrupta.

Asegura que el incumplimiento contractual grosero de la demandada ocasionó evidentes perjuicios a su parte, que se reflejó en su actividad diaria, no solo en la esfera patrimonial sino también en su tranquilidad de continuar existiendo como asociación, y también teniendo que salir a buscar en otras entidades bancarias soluciones esenciales para su funcionamiento.

Peticiona la actora se la indemnice en concepto de daño moral por la suma de \$ 399.581,94, o en lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse y del criterio del tribunal.

Sintetiza que reclama los siguientes rubros: 1) daño material emergente por la suma de \$ 616.087,87; 2) lucro cesante por la suma de \$ 183.076,00; y 3) daño moral por la suma de \$ 399.581,94; por lo que el total demandado es de \$1.198.745,81, actualizado a la fecha de efectivo pago, con más sus intereses desde la fecha del hecho y hasta el momento de su cancelación, y costas.

Agrega que se deberá adicionar al momento de la sentencia los gastos de notificaciones/administrativos por la suma de \$ 504,00, y los honorarios y aportes por la suma de \$ 11.292,00 por la intervención de la mediadora Perego, habiendo sido ambos conceptos abonados por la actora, acompañando al presente los recibos respaldatorios.

Funda la pretensión en las disposiciones de la Constitución Nacional, Constitución Provincial, Ley y Principios rectores de Defensa del Consumidor, disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Procesal Santafesino y en toda otra ley, decreto o leyes concordantes o modificatorias vigentes en la materia, sin perjuicio de la fundamentación jurídica que el tribunal mejor interprete, atento el principio "*iuria novit curiae*".

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende avalan su pretensión. Ofrece prueba. Reserva caso federal.

A fs. 23 obra primer decreto de trámite donde se imprime a los presentes el del juicio ordinario.

A fs. 26 la fiscalía se notifica del inicio del proceso.

Citada y emplazada a estar a derecho, la demandada comparece a fs. 32/5, por apoderado, y solicita la inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor.



Poder Judicial

Corrido traslado a la actora a fs. 36, la misma contesta seguidamente a fs. 37/42 sobre la aplicabilidad de la ley consumeril.

Sostiene que las cooperativas y asociaciones mutuales ingresan en el concepto de consumidores finales y, por tanto, gozan de la protección de todo el andamiaje jurídico específico de tal materia.

Aduce que en caso de duda debe aplicarse la ley de consumo. Reserva caso federal y cita jurisprudencia.

A fs. 55/6 obra Auto N° 1091 donde se resuelve diferir el tratamiento sobre la aplicabilidad de la ley consumeril al momento del dictado de sentencia.

Corrido el traslado de la demanda (vid. fs. 58), la accionada contesta a fs. 61/7 solicitando el rechazo de la misma, con costas.

En su escrito de responde, realiza una negativa de cada hecho expuesto en la demanda de forma particular, remitiéndome en honor a la brevedad.

Reconoce haber enviado a la actora la CD N° 732143821 y el alcance y contenido de la misma.

Aduce que su parte preavisó el cierre de la cuenta, lo que ya se había notificado en los hechos con anterioridad al envío de dicha carta, habiendo procedido correctamente al cierre de la cuenta corriente con sustento en lo normado por el art. 1404 del C.C.C.

Esgrime que es cierto que asistió a la mediación y ratificó su posición jurídica con motivo del cierre de la cuenta corriente.

Rechaza por improcedentes las pretensiones de la actora respecto de los rubros daño emergente, lucro cesante y daño moral. Agrega que resulta insólito pensar que su parte le haya ocasionado a la actora (que es una mutual, no un ser humano) un notorio desequilibrio emocional.

Explica que, como es de conocimiento, las mutuales se caracterizan por recibir y administrar fondos de terceras personas en gran volumen.

Arguye que su limitada capacidad operativa y de recursos técnicos las obligan a realizar un control superfluo o nulo del origen de los fondos que administran, y de esta forma se eleva el riesgo de verse involucradas en maniobras que pueden derivar en ilícitos.

Precisa que dicho riesgo se traslada directamente a las entidades financieras que administran sus cuentas, en este caso su parte, y es en ese

contexto que tomó la decisión unilateral de proceder al cierre de la cuenta corriente bancaria, por ser una facultad expresamente reconocida por el art. 1404 del C.C.C.

Indica que esta posibilidad obedece a un principio de derecho común a los contratos de ejecución continuada y sin un plazo determinado de duración, que permite a cualquiera de las partes resolverlo en cualquier momento.

Alega que la potestad que le asiste a su parte para disponer el cierre de la cuenta corriente constituye un presupuesto básico de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad.

Postula que la especial naturaleza del contrato de cuenta corriente, donde imperan confianza y buena fe recíprocas, hacen que no pueda obligarse a uno de los co-contratantes a mantener un vínculo jurídico en contra de su voluntad, y más aún si ha observado las pautas legales que le imponían una obligación específica.

Recalca que lo contrario enervaría no solo el ejercicio de la libertad de contratación, sino también derechos y garantías constitucionales.

Resume que su parte no se encuentra obligada a mantener una cuenta corriente en contra de su voluntad y operatoria comercial.

Advierte que a la actora le asistía la posibilidad de acudir en procura de la apertura de una nueva cuenta corriente a otra entidad crediticia.

Sostiene la inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor, entendiendo que el presente proceso no puede ser calificado como demanda de derecho de consumo.

Menciona que la actora es una mutual y, no obstante ello, pretende canalizar sus pretensiones a través de una acción de consumo, asimilándose a un consumidor particular cuando no lo es.

Invoca que el eje central del concepto de consumidor es ser “*destinatario final*”, siendo que los bienes o servicios son adquiridos para quedar dentro del ámbito personal, familiar o doméstico del consumidor, sin que vuelvan al mercado, lo cual evidentemente no pasa con una mutual.

Insiste en que la mutual demandante no es consumidor ni usuario, y que los fondos que ingresan y egresan de una cuenta corriente de una mutual son utilizados como un medio de desarrollo y expansión de la propia actividad mutual.

Resalta que la actora es una mutual que utilizaba la cuenta corriente bancaria que tenía abierta ante su parte para recibir y hacer pagos, como asimismo realizar todo tipo de transferencias bancarias.

Expresa que los fondos depositados en dicha cuenta corriente tenían diversos orígenes, propios como asimismo de terceros, tales como cobro de cuotas sociales, de servicios prestados por la mutual, dinero proveniente de ahorros mutuales a



Poder Judicial

términos (es decir constitución de depósitos de plazo fijo de los asociados), dinero proveniente de la devolución de ayudas económicas (es decir todo tipo de préstamos tomados por los asociados, como por ejemplo operaciones de descuento de cheques de terceros con pago de servicio de intereses anticipados, etc.).

Señala que, con los fondos aportados por los asociados en virtud de los ahorros a término (plazos fijos mutuales) la actora realiza operaciones “activas” de otorgamiento de ayudas económicas mutual (préstamos) y así, a cambio de una tasa de servicio (interés), el dinero “circula” a través de la cuenta corriente de su parte.

Comenta que la propia actora reconoce en su demanda el uso del homebanking, y que mediante dicha operatoria la mutual podía realizar múltiples transferencias y pagos en forma electrónica, lo que da cuenta de la importancia de los movimientos que en forma diaria realizaba la mutual, propia de una entidad financiera.

Concluye que la actividad normal y habitual de la actora es recibir, administrar y disponer fondos de terceras personas en gran volumen.

Mantiene que la accionante utilizaba su cuenta corriente para realizar operaciones que hacen a la prestación de sus servicios, sobre todo teniendo en cuenta que uno de los servicios que presta es “ayuda económica mutual con fondos propios”, y no como destinatario final, recaudo éste que permite el encuadre en la noción de consumidor.

Puntualiza que lo expuesto es ajeno a la noción de consumidor como destinatario final, y que la actora como mutual se debe asimilar más bien a una entidad financiera que a un mero consumidor particular.

Sintetiza que no cabe aplicar la Ley de Defensa del Consumidor al caso concreto, porque la mutual no es la destinataria final del llamado producto bancario, sino que por el contrario la relación que unió contractualmente a la actora con su parte debe ser analizada bajo las normas del comercio común. Cita doctrina.

Abierta la causa a prueba a fs. 72, la actora la ofrece a fs. 69/71.

Decretado que las presentes actuaciones procedan en el marco del Plan Piloto de Oralidad en los Procesos Civiles, impulsado por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Provincial y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se tramitó conforme el protocolo de actuaciones recomendado por Acuerdo Ordinario -Acta 48/2017 del 05/12/2017- de la CSJP; y se tomó audiencia de proveído de prueba a fs. 74/6.

Designado perito contador al CPN Matías Alejandro Ciocca, el mismo acepta el cargo a fs. 78 y presenta pericia a fs. 96/107.

A fs. 122 obra acta de Audiencia de Producción de Prueba, donde se clausura el período probatorio.

A fs. 126 acompaña alegato la actora, haciéndolo la demandada a fs. 130.

Corrida la vista a fiscalía, la misma contesta a fs. 134/5, entendiendo que el caso no es subsumible en el microsistema establecido en la ley 24.240, sus modificatorias y el Código Civil y Comercial de la Nación.

Llamados autos para sentencia a fs. 138, decreto que se encuentra firme y consentido, y no encontrándose escritos sueltos pendientes de agregación, los presentes han quedado en estado de dictar definitiva.

Y CONSIDERANDO: 1.- **Traba de litis:** La plataforma fáctica que inserta la parte actora en autos al impulsar el reproche se complementa en un análisis comparativo con la aportada por la contraparte en la contestación de la demanda, en cuyo resultado se enmarca la “*Traba de la Litis*” de la cuestión resultante de las admisiones y negaciones del incoado, que delimitan cuáles son los hechos controvertidos que conforman la esencia del contradictorio (objeto de la posterior actividad probatoria) y determinan -además- la forma en que se distribuirá la carga de la prueba para sustentar el pretensor su postura o desvirtualizar la contraria.

En el caso de marras, la pretensión de la actora Asociación Mutual de Asistencias Integradas se endereza a obtener una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual de la demandada Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., reclamando la suma de \$1.198.745,81 en concepto de daño material, lucro cesante y daño moral. La accionada contesta, solicitando el rechazo de la demanda y negando los rubros pretendidos, por lo que la litis se entiende trabada en los términos expuestos.

2.- **Legitimación:** Es deber del magistrado, antes de entrar a resolver el asunto sometido a su decisión, meritar si quien pretende el reconocimiento de un derecho dentro del proceso es quien se encuentra habilitado específicamente por la ley para deducir su pretensión. Se trata de una actividad del órgano jurisdiccional que procede de oficio con total independencia de la actividad desplegada por las partes durante la tramitación del proceso.



Poder Judicial

En este sentido señala Arazi¹ que “*la calidad o legitimación para obrar es un requisito que el juez debe examinar previamente a la entrada en la pura sustancia del asunto. No opuesta la excepción, igualmente el juez tiene que examinar de oficio el tema porque se trata de una típica cuestión de derecho*”.

Es una condición para el ejercicio de la acción, que se relaciona con la cualidad para asumir el carácter de actor o demandado en un proceso determinado.

El concepto de legitimación es concreto y está referido a un proceso determinado. Tradicionalmente se ha definido la legitimación *ad causam* como la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción –legitimación activa– y la identidad de la persona del demandado contra la cual la acción es concedida –legitimación pasiva–.

Esta relación de identidad lógica entre el efectivo titular de la acción y la persona que concretamente la ejercita, se expresa acabadamente a través de la noción de cualidad que indica un modo de ser del derecho de acción: la relación en que se encuentran uno o más sujetos con la acción intentada. En general la legitimación pasiva coincide con el carácter de sujeto pasivo de la relación sustancial, sin embargo hay casos en que no existe tal coincidencia².

a) **Legitimación activa**: con apoderado según Poder General (vid. fs. 1/4) se presenta Asociación Mutual de Asistencias Integradas, configurando el rol activo en autos, siendo quien ha sufrido los daños alegados en la demanda.

b) **Legitimación pasiva**: por apoderado con Poder General (vid. fs. 29/31) comparece Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., quien detenta el rol pasivo de autos.

Estando legitimadas las partes para actuar en estos obrados, sin haber interpuesto excepción alguna, corresponderá entonces adentrarse en el fondo del pleito.

3. Aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor:

La actora encuadra la presente acción dentro de la normativa consumeril, afirmando que le asiste el rol de consumidor frente a la entidad bancaria demandada. La accionada, por

1 Arazi, Roland; “*La Legitimación como elemento de la acción*” en “La Legitimación”, Homenaje al Profesor Dr. Lino Enrique Palacio (Augusto Morello – Coordinador). Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1996, pág 24.-

2 Arazi Roland; “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”. T I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, págs. 302, 304 y 114.-

su parte, se opone a la aplicación de dicha normativa, por lo que cabrá determinar si corresponde o no el encuadre.

Cabe destacar que se entiende por usuario o consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza, como destinatario final, bienes o servicios cualquiera sea su naturaleza; y los adquiere de quienes son los proveedores, entendiéndose éstos, quienes producen, importan, venden, facilitan, suministran o expiden dichos bienes o servicios.

El carácter de proveedor del banco demandado no se encuentra discutido en los presentes. A mayor abundamiento, la doctrina mayoritaria afirma que «*la Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a todos los negocios bancarios, en tanto y en cuanto concurren ciertos requisitos*»³, postura a la que adhiero.

Lo que aquí resta discernir es si la mutual accionante es pasible de encuadrar en el rol de consumidor, situación que es negada por la demandada.

La Ley 24.240 establece en su art. 1 que: “*..Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”

En concordancia, el art. 1092 del C.C.C. define al consumidor como “*la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*”.

En el caso en estudio, la calidad de consumidora final de la mutual se evidenciaría por haber adquirido el servicio en beneficio de su grupo social, es decir, de sus asociados.

En este sentido, se sostiene que no puede escindirse la noción de destino final de la de beneficio propio, familiar o social, esto es, que la adquisición o uso del bien o servicio no implique utilizarlo como medio o instrumento para generar riqueza⁴.

En palabras de Leiva Fernández: “*Por lo tanto, se niega el carácter de consumidor cuando lo adquirido tenga una relación directa o indirecta con la cadena de producción o comercialización de bienes o servicios. En consecuencia, los comerciantes o personas humanas dedicadas profesionalmente al intercambio de bienes o servicios como las sociedades comerciales nunca podrían ser consideradas consumidores; estando, además, el carácter de personas jurídicas consumidoras limitado -a nuestro*

3 ABDALA, Martín E.: El deber de información., op. cit., p. 131.

4 Alterini, Jorge Horacio “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético – la ed. - Ciudad de Buenos Aires: La Ley, 2015, Tomo V, ág. 765.



Poder Judicial

juicio- solo a entes no lucrativos (asociaciones civiles, fundaciones, sindicatos, confesiones religiosas, consorcios de copropiedad de propiedad horizontal, cooperadoras escolares, bibliotecas populares, etc.)”⁵.

A tal efecto cabe recordar el art. 2 de la Ley Orgánica para las Asociaciones Mutuales N° 20.321: “*Son asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica*”.

La adquisición de bienes o servicios -en este caso concreto, de un servicio de prestación bancaria- por parte de las mutuales tiene como fin su posterior distribución entre sus asociados, que constituyen el grupo social destinatario final del producto.

En esta inteligencia, ante la contratación con el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. demandado, la Asociación Mutual de Asistencias Integradas constituye un verdadero consumidor, quien ha adquirido un servicio que debe ser necesariamente prestado por una entidad bancaria, tal lo establece su ley orgánica (art. 28), en beneficio de sus asociados.

Consecuentemente, entiendo que corresponde en autos la aplicación de la normativa consumeril.

4. Descripto el panorama litigioso y ponderando los elementos de autos, adentrándonos en el análisis de la cuestión de fondo, de las constancias acompañadas a la causa se desprende -y atento el expreso reconocimiento de las partes- que la Asociación Mutual de Asistencias Integradas tenía una relación contractual con el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., donde este último le proveía el servicio bancario de cuenta corriente (N° 8661-1 075-5, a nombre de la actora).

Las partes asimismo son contestes en el hecho de que la entidad bancaria demandada procedió al cierre de dicha cuenta corriente en fecha 11/09/2017.

La controversia aquí se centra en que la accionante sostiene que el cierre de la cuenta por parte del banco implicó un incumplimiento contractual, obrando de mala fe y no cumpliendo efectivamente con el preaviso de 10 días exigido por el C.C.C.N., de acuerdo a la misiva que acompaña y que tiene como

5 Ídem.

fecha de recibo el día 04/10/2017. Sustentó asimismo que dicho incumplimiento le ha generado en forma directa daños que resultarían resarcibles.

Por su parte, la demandada niega el incumplimiento, alegando que el cierre de la cuenta ya se había notificado en los hechos con anterioridad al envío de dicha carta.

El art. 1404 del C.C.C.N. expresamente dispone: “*Cierre de cuenta. La cuenta corriente se cierra: a) por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario..*”.

Así las cosas, a los fines de dilucidar el incumplimiento contractual alegado por la actora debo atenerme a las probanzas incorporadas por las partes. A tal fin corresponde liminarmente poner de resalto los principios rectores de la carga de la prueba.

Luce acertado señalar que la jurisprudencia ya se ha expedido desde antaño y en forma mayoritaria que, si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes. Es que no existe imposición de meritar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas, la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para dilucidar la cuestión litigiosa.

“*Los jueces no están obligados a ponderar una por una exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni tampoco a tratar todas las cuestiones expuestas, ni analizar los argumentos utilizados a que a su juicio no sean decisivos*”.⁶

Sentado ello, el principio dispositivo ritual pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invoca como fundamento de su pretensión y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso, por lo tanto a la actora le corresponderá acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, en tanto a la contraria, los extintivos o modificativos e impeditivos que se opongan a aquellos.

Debe ponderarse la prueba aportada y en ese sentido, cabe recordar, que: “*mirando desde el punto de vista de las partes, que están inmersas en una confrontación procesal, la prueba –además de ser una carga insoslayable- es una forma más que tiene el litigante para crear la convicción del magistrado tendiente a formar, en su*

⁶ Conf. CSJN fallos 297:333; 302:235; 303:135; CNCiv -Sala k- LL 1990 C, 122; C.Civ y Com Rosario -Sala 4- Zeus T 59 R-46 y J-147, T 62 J-351, Rep. T. 10, pág. 575, C.Civ y Com. Santa Fe -Sala 1- Zeus T. 63 J-1, Rep. T.10, pág. 915;



Poder Judicial

espíritu, un estado de convencimiento acerca de la existencia o inexistencia de las circunstancias relevantes del Juicio”.

La actora sustenta que el cierre de la cuenta corriente resultó intempestivo invocando que la notificación de dicha circunstancia fue realizada mediante CD N° 732143821 (acompañada en original en sobre escrito cargo 3228/20), donde al comienzo de su texto se desprende: *“Rosario, 08 de Setiembre de 2017”*, fecha que no sería la de su efectivo envío y/o recepción. La accionada reconoció el contenido y alcance de la Carta Documento (vid fs. 61).

Ahora bien, la mutual sostiene haber recibido la Carta Documento en fecha posterior a la que indica su texto, lo que es corroborado mediante oficio contestado por el Correo Argentino a fs. 89/92, donde este último acompañó copia de las dos misivas intercambiadas entre las partes, y refirió que la CD N° 732143821 fue *“impuesta el día 03/10/2017 a las 17.30 horas en Suc. Casa Central Rosario. Fue entregada el día 04/10/2017 a las 10:40 horas, recibió CHAUVIN”* (vid fs. 89).

Si bien el Código Civil y Comercial no establece una forma específica para el *“previo aviso”* del cierre de la cuenta corriente, no cabe dudas de que el mismo debe configurar una indefectible exteriorización de la voluntad del cierre, es decir, de la extinción del contrato entre las partes.

La demandada nada ha aportado como prueba tendiente a acreditar que el cierre ya se había notificado *“en los hechos”* con anterioridad a la Carta Documento, tal fuera su defensa al momento de contestar demanda.

A mayor abundamiento, más allá de que la misiva en análisis fue recién enviada en fecha 03/10/2017 y recibida el día posterior -luciendo a todas luces extemporánea-, cabe hacer mención de que si nos atuviésemos al texto de dicha carta (de producción exclusiva de la demandada) del mismo se desprende que el día 8 de Septiembre de 2017 estarían preavisando el cierre de la cuenta para el día 11 de Septiembre, es decir, incumpliendo a su vez con el plazo de 10 días establecido por ley.

El art. 961 del Código Civil y Comercial incorpora a la buena fe como principio iluminador de la vida del contrato, tanto en la celebración como en la interpretación y ejecución del mismo, y comprendiendo asimismo los momentos previos, las tratativas y el tiempo postcontractual.

Este conjunto de coincidencias y la falta de aportes de prueba en contrario por parte de la accionada, hacen a mi convicción de que deberá soportar las consecuencias derivadas de tal omisión; en consecuencia, debe tenerse por acreditado el

incumplimiento contractual invocado por el cierre de la cuenta corriente en forma intempestiva y sin el aviso previo legalmente estipulado.

5. Bajo tales premisas, habrá que analizar los daños reclamados por la actora en base a dicho incumplimiento.

Cabe recordar entonces que dentro de la teoría de la responsabilidad existen cuatro elementos : 1) Antijuridicidad, 2) Imputabilidad, 3) Daño y 4) Causa.

Si bien podemos afirmar que estos son los elementos fundamentales, todos se basan en un presupuesto esencial: la acción u obrar humano, una conducta o comportamiento que engendra la obligación de reparar.

5-1) Antijuridicidad: lo ilícito, es lo contrario a la ley. En este elemento de la responsabilidad encontramos no solo los casos de violación directa de la ley, sino la hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato. El acto ilícito es una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su Art. 1716 sienta un principio general de responsabilidad: *“la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño cuasado, conforme las disposiciones de este Código”*; estableciendo un único régimen de responsabilidad, apartándose así de las distinciones entre el ámbito contractual y extracontractual que efectuaba el antiguo código de Velez.

Determina como responsable directo a *quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión* (art. 1749).

En relación a la antijuridicidad, luego de señalar el Art. 1717 del mismo digesto que *“cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”*, establece posteriormente que *“se encuentra justificado el hecho que causa un daño : a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo”* (art. 1718).



Poder Judicial

5-2) Imputabilidad: cuando la conducta propia del autor contradice el ordenamiento jurídico merece una sanción y por la tanto, es punible. Bajo este elemento de la responsabilidad ubicamos la imputabilidad moral o subjetiva, cuyo factor es la culpabilidad, comprensiva de la culpa y el dolo, y la imputabilidad física u objetiva, cuyo factor es el riesgo creado.

La culpabilidad aparece consagrada en el Artículo 1724 del Código Civil y Comercial: *“Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*.

La imputabilidad objetiva parte de la relación del daño con el riesgo de la cosa o empresa montada y surge del mismo código, genéricamente en su art. 1723 que establece *“cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”*, y específicamente respecto de la responsabilidad del principal *“por los daños que causaren los que están bajo su dependencia”* (art. 1753) y del *“daño causado por el riesgo o vicio de la cosa”* (art. 1757), sin perjuicio de otros supuestos.

5-3) Daño: es el presupuesto central de la responsabilidad civil. La acción antijurídica imputable no es punible si no ocasiona un daño. *“para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”*, precisa el art. 1739 del Código Civil y Comercial. El art 1737 del mismo cuerpo legal brinda una noción de daño al prescribir que: *“hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*. Es decir, que habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo o una facultad.

El Código recepta la ya larga elaboración doctrinaria e integra al daño patrimonial con tres elementos: el daño emergente, o sea el perjuicio efectivamente sufrido; el lucro cesante, es decir, la ganancia de que fue privado el damnificado, y la *“pérdida de chance”*, que se configura en la pérdida del beneficio esperado de acuerdo a la posibilidad objetiva de su obtención. Los dos primeros conceptos están dados por el art. 1738 del C.C.C., mientras que el último refleja un concepto doctrinario.

5-4) Causa: la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable, que reviste, en consecuencia, el carácter de causa. De ahí que puede afirmarse que la relación de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil.

De las consecuencias posibles de los hechos, sienta el código un principio general: *“Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.”*

Establece el C.C.C. en su art. 1726: *“Son reparable las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”*, definiendo aquellas consecuencias posteriormente: *“Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales”*.

Específicamente y en relación a los contratos, establece el código que se responde por las consecuencias que las partes *“previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”*. Para el caso de que haya dolo por parte del deudor, dispone que la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Se vislumbra del relato de las actuaciones labradas en la causa que la conducta de la demandada -esto es, el cierre de la cuenta corriente sin el preaviso de 10 días establecido por el art. 1404 C.C.C.C.- se traduce en un incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, al menos, de manera oportuna, configurándose así el hecho antijurídico generador.

La imputabilidad se atribuye al banco demandado en carácter objetivo. Esto es así pues, más allá de encontramos en un supuesto subsumible en la ley



Poder Judicial

consumeril, el propio Código Civil y Comercial admite la responsabilidad objetiva en el caso de que de lo convenido por las partes -en este caso el contrato suscripto- surgiera que el deudor debe obtener un resultado determinado -en los presentes, un preaviso de 10 días al cierre de la cuenta corriente- (conf. Art. 1723: “*cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva*”).

La doctrina sostiene dichos argumentos “*..la norma del art. 1723 no define la carga probatoria sino que simplemente indica que cuando se verifica la existencia de una obligación de resultado emergente de la naturaleza de la obligación o por el contenido del pacto celebrado, el factor de atribución será objetivo*”⁷.

En palabras de Bueres, específicamente sobre los contratos expuso: “*Efectivamente, la responsabilidad contractual podrá ser subjetiva u objetiva. Y aunque no hay relación de jerarquías entre una y otra, en verdad, la preponderancia cuantitativa de las obligaciones de resultado permite considerar que, en la mayoría de los casos, la responsabilidad contractual será objetiva, y en el menor de los supuestos se sustentará en la culpa*”⁸.

Determinada entonces la existencia del hecho generador y su imputabilidad al Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., restan acreditar los daños invocados por la actora y su efectivo nexo causal.

6. Reclama la accionante daño material emergente, lucro cesante y daño moral. Para un mejor entendimiento de la presente, me avocaré a cada uno de ellos separadamente.

6.1 Daño material. Daño emergente: Peticiona la suma de \$616.087,87, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse.

Sostiene que los débitos directos de los asociados no pudieron ser cobrados por la asociación, y que terminó por ello generándose un quebranto financiero. Según había manifestado previamente en el escrito de demanda, el débito directo se realizaba para cobrar la cuota social a los asociados y otros servicios o ayudas económicas (vid fs. 15 vta.), lo que fue corroborado por el testigo Sr. Luciano Egidi en oportunidad de la Audiencia de Producción de Prueba.

El daño resarcible, presupuesto de la responsabilidad civil, es el daño cierto, que presupone una existencia real o, al menos, la probabilidad suficiente de

⁷ Alterini, Jorge Horacio “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” 1ra. ed. - Ciudad de Buenos Aires: la Ley, 2015, Tomo VIII, pág. 91.

⁸ Bueres, Alberto J., “Responsabilidad contractual objetiva”, RcyS, 2013-XI-257.

una existencia futura, consecuencia de una lesión a un derecho subjetivo o a un bien jurídicamente protegido.

A fs. 97/107 obra agregada pericia contable. El CPN Matías Alejandro Ciocca refirió en la Posición N° 1 que “*se acompaña a la presente Nota de Apertura de Cuenta en fecha 19 de Enero de 2007*”, confirmando la consulta de que existen constancias de la relación comercial entre Banco Galicia y Buenos Aires S.A. y Asociación Mutual de Asistencias Integradas.

Luego, cuando se le preguntó si hay registros de los débitos directos con intermediación del Banco Galicia y Buenos Aires S.A., expresó el perito que: “*Se acompañan a la presente en formato PDF órdenes de débito por los meses de Enero de 2017 a Septiembre de 2017..*” (Posición N° 3).

Cuando se le consultó al contador si hay registros de relaciones por débito directo y/o apertura de cuenta corriente en el Banco Francés y desde qué fecha, el mismo indicó que “*Se acompaña a la presente constancia de CBU correspondiente a la cuenta corriente en pesos N° 081-327280-7 en el Banco Francés con fecha de apertura el 20 de Marzo de 2018*” (Posición N° 5).

En respuesta a si se produjo un desfinanciamiento y/o quebranto de la Asociación Mutual y descapitalización de sus asociados, en la Posición N° 9 el experto acompañó una planilla indicando ingresos por cobranzas de cuotas societarias y separadamente los ingresos por cobranzas de ayudas económicas, mes a mes. De dicho asiento (vid. fs. 100 vta.) surge que desde el mes de Septiembre de 2017 hasta el mes de Junio de 2018 (inclusive) los ingresos por cuotas societarias fueron disminuyendo, pero en forma paulatina. Es decir, no consta que el descenso de dichos ingresos lo haya sido de forma abrupta al momento del cierre de la cuenta corriente en el banco demandado. El valor de Agosto de 2017 fue el más alto en \$ 47.400,00, y el más bajo registrado es de Mayo de 2018 en \$ 32.580,00.

Incluso teniendo en cuenta que en Marzo de 2018 la actora obtuvo una nueva cuenta corriente en otra entidad bancaria, luego de ello los ingresos por cuotas societarias continuaron en descenso (aunque mínimo) hasta Julio de dicho año, donde hubo una suba considerable y luego volvieron a entrar en descenso.

De lo expuesto se deriva que, en lo que a cuotas societarias respecta, no resulta acabadamente acreditado que hubiera habido una merma considerable de percepciones por dicho concepto y, aún habiendo un descenso -reitero, paulatino y no repentino-, los resultados de la pericia contable no permiten corroborar que ello haya respondido exclusivamente al cierre de la cuenta corriente.

Respecto de los ingresos por ayudas económicas, se evidencia desde los períodos previos al cierre de la cuenta, entre Enero y Agosto de 2017, que los montos son muy fluctuantes mes a mes, subiendo y bajando, siendo el máximo de



Poder Judicial

\$219.444,78 en Abril y el mínimo de \$44.665,17 en Febrero. A partir del mes de Septiembre, fecha del cierre de la cuenta corriente, se desprende que en los tres meses siguientes los ingresos se incrementaron (Septiembre, Octubre y Noviembre de 2017). Llama la atención que en Diciembre de 2017 se registró un ingreso de 0 pesos, pero inmediatamente en el mes de Enero de 2018 (aún sin operatoria de cuenta corriente, según manifestara la actora) se incrementó a la suma de \$ 162.111,38. Luego de ello los ingresos fluctúan en los meses siguientes entre 0 y un máximo de \$ 73.833,36, pero debiendo destacar que durante los meses de Junio, Julio y Octubre de 2018 -donde el ingreso fue 0- la actora ya contaba con cuenta corriente bancaria en el Banco Francés.

En este libelo, si bien de la pericia surge que los ingresos por ayudas económicas disminuyeron en meses posteriores al cierre de la cuenta corriente, se desprende que los mismos ya eran altamente fluctuantes mes a mes. Asimismo, no obstante que los ingresos en 0 pesos solo ocurrieron en forma posterior al cierre, lo cierto es que luego se repitieron aún cuando la mutual ya contaba con una nueva cuenta corriente con débito directo en otra entidad bancaria, lo que hace a mi convicción de que la disminución de dichos ingresos tampoco puede ser endilgada a la hoy demandada.

Ha expuesto Zavala de González⁹ que la sola existencia de un daño, no constituye un perjuicio económico ni autoriza sin más a presumirlo como configurado.

Por ello, y coincidiendo con la autora citada, entiendo que el derecho de daños debe manejarse con una visión realista, por lo que el principio de certeza del perjuicio no puede estar ausente.

Las fluctuaciones constantes en los ingresos de la mutual -tanto por ayudas económicas como por cuotas societarias- previas al cierre de la cuenta corriente, no me permiten llegar a la convicción de que una disminución de ingresos sea consecuencia directa del incumplimiento contractual de la demandada, es decir, si ello configura un daño sufrido o meramente refleja la actividad comercial normal de la actora.

Tampoco resultan de la pericia montos específicos de pérdidas de ingresos, más allá de la tabla informativa mes a mes, donde el experto haya podido detallar, por ejemplo, si hubieran quedado cuotas sociales impagas en determinado mes luego del cierre de la cuenta corriente, o si se regularizó la situación posteriormente.

Si bien la mutual pretendió dilucidar dicha circunstancia con la pericia contable en su Posición N° 10 (*“Si se produjo el cobro de las cuotas filiales a los asociados desde Septiembre de 2017 a Diciembre de 2018, y si se incorporaron nuevos asociados en dicho período”*), lo cierto es que el perito se limitó a referirse nuevamente a una planilla adjuntada (la que se infiere es coincidente con la acompañada en la Posición

9 “Resarcimiento de Daños”, 2º Edic., Daños a las personas, p.316

Nº 9), donde se “*detallan los ingresos por cobranzas de cuotas societarias mes a mes*” (vid fs. 100), mas no ha detallado si no se ha podido cobrar por falta del servicio de débito directo, si quedaron luego de ello cuotas sin percibir, si -por el contrario- hubo socios que se dieron de baja y por tanto disminuyó la cobranza por dicho rubro.

Cabe hacer mención que la pericia contable en análisis ha quedado firme, no siendo observada por la parte actora.

La única prueba que tendió a acreditar lo sostenido fue la declaración testimonial del Sr. Luciano Egidi (vid. registro audiovisual de Audiencia de Producción de Prueba), quien manifestó que ante el cierre de la cuenta corriente y la falta del servicio del débito directo hubo cuotas societarias y ayudas económicas que no se cobraron oportunamente y que nunca se pudieron volver a cobrar. Sin embargo, sus dichos no coinciden con la pericia contable de autos que, tal he explicitado en párrafos precedentes, no refleja que la mutual haya dejado de percibir ingresos considerables luego del cierre de la cuenta.

Todo ello obsta a su vez poder acreditar que la falta del sistema de débito directo conllevó, indefectiblemente, a la imposibilidad de cobro total de las cuotas sociales. A mayor abundamiento, si ese fuera el caso, los ingresos por dicho rubro posteriores al cierre de la cuenta corriente deberían ser \$ 0, no siendo este el caso según el dictamen pericial. Tampoco ha aportado la actora constancia, más allá de su propia declaración jurada del año 2007 presentada ante el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., de que la única cuenta bancaria que poseía lo era en la entidad hoy demandada.

Aún encuadrando el presente dentro de la normativa consumeril, el artículo 53 de la Ley de Defensa al Consumidor -en su redacción actual según ley 26.361- únicamente pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder, pero no determina que recaiga sobre él la carga de producir la prueba pertinente; no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba sino simplemente de un deber de colaboración procesal agravado que se establece en cabeza de los proveedores de bienes y servicios¹⁰.

Finalmente, cabe hacer mención de que la actora ofreció la absolución de posiciones de la accionada, la que no fue llevada a cabo dentro de la Audiencia de Producción de Prueba ante la incomparencia de Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. La mutual solicitó en dicha oportunidad que se apliquen los apercibimientos de ley según pliego abierto de fs. 70 vta., con más las ampliaciones que realizó posteriormente mediante escrito cargo presentado a través del SISFE.

10 Cám. Civ. Y Com. -Sala I- Rosario, “*Ottaviani Miguel Angel C/ Rodriguez David Ricardo y otros S/ Daños y Perjuicios*”, 26/02/2013 en MJ-JU-M-78717-AR | MJJ78717 cita cfr. SÁENZ, Luis R. y SILVA, Rodrigo, en “*Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*”, dir. Sebastián Picasso y Roberto A. Vázquez Ferreyra, La Ley, 2009, T.1, p.664/671; CNCiv, Sala A, 05.09.2011, “*Pérez c. Supermercados Ekono S.A.*”, E.D. del 07.11.2011, nº 12.871; en sentido similar, Cám. Civ. Y Com -Sala IV- Rosario, 15.04.2011, “*Lauge Equipamientos S.R.L. c. Peugeot-Citröen Argentina S.A.*”, boletín Zeus nº 11.702 del 12.09.2011; Cám. Civ. Y Com. -Sala I- Rosario, Acuerdo Nº 7 del 06.02.2012, autos “*Guala c. E.P.E.*”



Poder Judicial

En tales coordenadas, si bien se puede tener por confesa a la demandada respecto del pliego de fs. 70, teniéndose por cierto de que tenía una relación comercial con la actora, no corre la misma suerte respecto de la ampliación del pliego presentada luego de la audiencia por la mutual. Ello responde a que dicha ampliación se realizó en forma posterior, a sabiendas de la incomparencia de la demandada. Máxime cuando las preguntas ampliatorias no fueron siquiera acompañadas a la audiencia, sino que se presentaron luego de llevada a cabo la misma, de forma remota a través de un escrito cargo.

Respecto de la ampliación de las posiciones por el ponente, contemplada en el art. 165 C.P.C.C.S.F., se ha dicho *“El pliego puede modificarse o ampliarse en el momento del examen, incluso si la audiencia se suspende y continúa posteriormente, - siempre que el absolvente estuviere presente, pues de lo contrario no es posible la ampliación”*¹¹. A su vez, lo dicho se condice con el hecho de que *“todo derecho presupone su ejercicio regular, por tanto el magistrado puede acotar la cantidad de posiciones con sustento en el abuso del derecho”*¹². Consecuentemente, entiendo que la confesión ficta ha operado respecto del pliego abierto de fs. 70, mas no de la ampliación formulada por la actora mediante escrito cargo 3127/23.

Conforme esta línea argumentativa, considero que el presente rubro no puede prosperar por no haber podido ser acreditado tanto la magnitud y extensión de los daños como el nexo causal entre éstos y la conducta de la demandada.

6.2 Lucro cesante – Pérdida de chance: Dentro del presente rubro reclama, por un lado, el lucro cesante representado por la diferencia frustrada que existió entre la situación económica que tenía la asociación con anterioridad del hecho y la que se dio posteriormente al mismo; y por otro la pérdida de chance, que sostiene que hubo en dos aspectos: en que la asociación siga creciendo en la cantidad de asociados inscriptos a la misa, y en la cantidad de los servicios y ayudas económicas que la asociación podía brindarle a sus asociados. Peticiona para los dos conceptos la suma total de \$ 183.076,00. Para un mejor entendimiento, aún cuando la actora los clasifica dentro del mismo rubro, los trataré en apartados separados.

6.2.1 Lucro cesante: Se denomina *“lucro cesante a la utilidad o ganancia cierta y no puramente eventual o hipotética, de la cual es privada la víctima. Al lado de él encontramos, causalmente más alejado, el daño por la pérdida de una oportunidad o de una “chance”, que habrían de permitir obtener ganancias.”*¹³

11 Alvarado Velloso, Adolfo “Estudio del Código Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe” Análisis crítico de su jurisprudencia, explicación de las concordancias de sus normas y de la doctrina procesal y recopilación bibliográfica de sus temas, 1ra. ed., Rosario, Tomo 2, pág. 1468, fallos N°: 5617 y 5618.

12 Peyrano, Jorge W. “Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe” 1ra. Ed. revisada, Rubinzal Culzoni, 2016, tomo I, pág. 630.

13 Mosset Iturraspe, Jorge “Responsabilidad por Daños” Parte General -Tomo I- de. Ediar, pag. 153

Existe pérdida de “*chance*” cuando se ha roto o interumpido un proceso que podía conducir en favor de otra persona a la obtención de una ganancia, y la indemnización depende de que la chance fuera fundada, de su probabilidad suficiente, juzgada de manera objetiva.

El juzgador deberá analizar la conducta de quien sufre el daño, pues si estuvo en sus manos evitar la frustración de ganancias o la pérdida de la oportunidad o chance, o al menos, atenuar el perjuicio, adoptando los arbitrios conducentes a ese fin y nada hizo, puede imputarse culpa de su parte que obstaculice la admisión de la demanda o haga compartir el evento dañoso.

Frente al caso concreto, y en atención a sus particularidades, del texto del art. 1738 del CCyCN se desprende que el legislador no ordena, sino que dejó librada la decisión al criterio fundado del juzgador la determinación de la indemnización; la cual apuntará a “*dar lo suyo*” a la víctima, vale decir, a recomponer su situación.

La carga de la prueba del daño corresponde a quien lo invoca. Es razonable, en la medida en que sólo quien lo sufre puede demostrar su existencia, su gravedad y sus consecuencias.

En relación a la incidencia económica que el hecho le provocara, la actora manifestó su intención de probar la misma a través de la pericia contable acompañada en autos. Tal he adelantado en el punto precedente, el perito contable constató la relación comercial entre actora y demandada, corroboró el servicio de débito directo, como así también el cierre de la cuenta corriente en fecha 11/09/2017. Ahora bien, lo que a mi entendimiento no pudo probar el perito fue un estado de situación económica desfavorable que siguiera indefectiblemente en forma posterior a la conducta intempestiva de la demandada.

En este sentido, las pruebas aportadas no forman prueba cierta y directa que logren demostrar en forma precisa la disminución patrimonial que sufrió la mutual.

Este rubro requiere la prueba categórica y fehaciente de las ganancias dejadas de percibir por el damnificado y que sean consecuencia directa del hecho dañoso.

No puede desconocerse que, como se pronunciara en numerosas oportunidades la jurisprudencia nacional, “*como todo daño resarcible, el lucro cesante debe ser cierto. Es decir, el perjuicio debe surgir de pruebas que proporcionen bases reales, ciertas, no meras conjeturas o hipótesis y aún cuando pueda admitirse que en la liquidación del lucro cesante quedan comprendidas las ganancias frustradas sobre la base de cálculos que toman en cuenta beneficios probables, el actor debe acreditar las*



Poder Judicial

*circunstancias objetivas que permiten inferir que las ganancias se habrían previsiblemente logrado (Art. 902 y stes. Cód. Civil) de no acaecer el hecho perjudicial”.*¹⁴

Ahonda mi posición el hecho de que lo aquí peticionado por lucro cesante pareciera coincidir, en esencia, con el fundamento del reclamo de daño material emergente, es decir, lo que la mutual supuestamente dejó de percibir por no contar con el servicio de débito directo.

Bajo tales coordenadas, entiendo que el reclamo por lucro cesante debe ser rechazado.

6.2.2 Pérdida de chance: Tal lo expuse en el punto precedente, la pérdida de chance puede entenderse como aquel rubro que debe ser indemnizado cuando se ha roto o interrumpido un proceso que podía conducir a favor de otra persona a la obtención de una ganancia¹⁵; ello si la chance fuera fundada, de probabilidad suficiente y juzgada de manera objetiva.

Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una chance, de una probabilidad, existen a la vez -es decir, coexisten- un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que de no mediar el evento dañoso -trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual-, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado¹⁶.

En la especie, de acuerdo a los términos en que ha progresado la demanda, este rubro quedaría representado por la ventaja patrimonial que le habría significado a la actora que la asociación siga creciendo con la cantidad de asociados inscriptos a la misma, y en la cantidad de servicios y ayudas económicas que la asociación podía brindarle a sus asociados.

En relación al crecimiento por la cantidad de asociados de la mutual, el perito contable se refirió a ello en la Posición N° 10, manifestando que *“Asimismo, se me exhibe y acompaña a la presente el registro de asociados de la actora del que surge que en el período de Enero de 2017 hasta Agosto de 2017 se sumaron 15 asociados, y a partir de Septiembre de 2017 a Mayo de 2018 se sumaron 14 asociados”* (vid fs. 100). Es decir, en un período de tiempo similar se incorporó casi idéntica

14 CNACBA, 06/06/08, Sabio, S c/ Udaquiola. MJ-REP-M-106016-AR

15 Mosset Iturraspe, Jorge “Responsabilidad por Daños” Parte General -Tomo I- de. Ediar, pag. 153

16 Zannoni, "El Daño en la responsabilidad civil", pág. 50

cantidad de asociados nuevos, lo que nuevamente no me permite concluir que el cierre de la cuenta corriente generó un perjuicio en relación al crecimiento de socios.

Respecto de la cantidad de servicios y ayudas económicas que la asociación podía brindarle a los asociados, tampoco la actora ha procurado indicar cuáles eran dichas prestaciones, más allá de las ayudas económicas que se instrumentaban, de nuevo infiriendo, a través de créditos otorgados por la mutual. La pericia contable tampoco ha sido esclarecedora en este aspecto, reiterando que la misma ha quedado firme, sin observación ni pedidos de aclaraciones por parte de la actora.

Como puede apreciarse, al margen de la incertidumbre que suele rodear a la configuración de este rubro, tampoco puede concluirse con un grado razonable de objetividad que en la especie se haya derivado un concreto perjuicio en este sentido. En tal entendimiento, el reclamo por pérdida de chance deberá ser rechazado.

6.3 Daño moral: Sostiene la actora haber padecido un serio y notorio desequilibrio emocional a consecuencia del cierre de la cuenta bancaria. Aduce que el perjuicio se reflejó también en su tranquilidad de continuar existiendo como asociación, y también teniendo que salir a buscar en otras entidades bancarias soluciones para su funcionamiento.

El daño moral es un daño extrapatrimonial, que implica una lesión a las afecciones legítimas -entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física y los afectos familiares- que produce un sufrimiento espiritual o en los sentimientos personales. Puede conceptuarse como aquel que representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen o agravamiento en el hecho generador o alteración disvaliosa del espíritu, dolor, sinsabores o sufrimientos, amarguras o desazones.

Dentro de tales parámetros, la concepción de que una persona jurídica -tal es la Asociación Mutual actora- tenga aptitud para sufrir este daño queda limitada, pues siendo una persona de carácter ideal, difícilmente pueda padecer afecciones espirituales o encontrar afectados sentimientos. Ahora bien, lo que sí podría constituir un daño a una persona jurídica es la afectación al buen nombre o al prestigio de la misma que, si bien se encuadraría dentro de los daños extrapatrimoniales, en última instancia implicaría una afectación de carácter patrimonial indirecta; puesto que el daño a su imagen no genera un sentimiento de angustia, pero sí podría generar un desprestigio tal que sea capaz de traducirse en perjuicios económicos.

“Si bien las personas jurídicas no pueden afligirse en sus sentimientos, ni tener padecimientos espirituales, sí pueden tener atributos y bienes extrapatrimoniales, como ser su imagen, reputación, crédito y consideración públicos, etc.



Poder Judicial

que si bien, estrictamente, no ofenden su personalidad moral –en el caso, se rechazó la indemnización por este rubro en una demanda iniciada entre una sociedad y una entidad financiera porque no se había probado este tipo de perjuicio-, redundan, en todo caso, en un daño extrapatrimonial resarcible”¹⁷.

Si la actora pretendía encausar el daño moral en el sentido explicado, debió haber acreditado que el cierre de la cuenta corriente importó un cambio en la reputación de la asociación, que su buen nombre se vio afectado, o que la percepción de la mutual para con los asociados o posibles asociados mutó luego del accionar de la demandada. Nuevamente, esa no fue la conducta adoptada por la actora.

Jurisprudencialmente se ha avalado la postura invocada: *“En este sentido, aunque las personas jurídicas o de existencia ideal pueden ser sujetos pasivos de perjuicios indirectos si son vulnerados sus derechos extrapatrimoniales como el buen nombre, la probidad comercial y su buena reputación, si repercuten desfavorablemente en el patrimonio (cfr. Jorge Bustamante Alsina, "Las personas jurídicas no son sujetos de daño moral", publicado en ED el 12/07/90), dicho perjuicio no es asimilable al daño moral que pueden sufrir las personas humanas”¹⁸.*

“El daño al prestigio o a la imagen que pueda sufrir una persona jurídica no se asimila al daño moral que pueden padecer las personas físicas, pues su capacidad jurídica se halla limitada por el principio de especialidad (LGS 2) y su finalidad propia es la obtención de ganancias (LGS 1); ello así, en tanto estos entes no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales todo lo que pueda afectar su prestigio o su bien nombre comercial puede repercutir desfavorablemente en su patrimonio, quedando a cargo de quien reclama el resarcimiento la prueba concreta del demérito que invoca”¹⁹.

Por lo expuesto, el daño moral deberá ser rechazado.

7. Costas: En principio, sólo en caso de que en el expediente haya logrado demostrarse que una de las partes ha resultado vencida con respecto a la otra, en términos objetivos, o que, en su defecto, resulta de las constancias de autos, que sólo una de ellas dio origen a la existencia de un expediente jurisdiccional, se puede considerar como contrario a la lógica que las costas devengadas, frente al silencio del judicante, deban entenderse en el sentido de que su pago no se impone en el orden causado.

17 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, en autos: “Epet S.A. c. Banco de Crédito Argentino 27/12/2007. Cita: TR LALEY AR/JUR/11544/2007.

18 CNCom, Sala B in re "Jotafi Computación Interactiva SA y otro c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ sumario" del 17/02/10. SAIJ: SUN0021949.

19 CNCom, Sala D in re "Lo Schiavo y Bevilaqua SA c/ Hexagon Bank Argentina SA", del 10/06/08, entre otros; cfr. Bustamante Alsina, en "Las personas jurídicas no son sujetos de daño moral", publ. en ED, diario del 12/07/90. SAIJ: SUN0023226.

En el caso de que el pleito hubiera sido innecesariamente planteado, las costas habrán de imponerse a la parte actora; por el contrario, en el caso de demostrar las que la acción fue necesaria para obtener una declaración sobre una situación jurídica que, de otra manera, hubiera quedado en situación de incertidumbre, las costas deberán cargarse a quien determinó la necesidad de ser demandado.

Sin embargo, en el caso concreto que nos ocupa, entiendo que, resulta conveniente apartarse del régimen ordinario de costas, teniendo en cuenta que la actora, a prima facie, podía considerar que le asistía un derecho a reclamar, lo que sólo pudo ser desvirtuado en el proceso judicial mediante las probanzas aportadas. Es que no podría ampararse otra solución que termine por limitar el acceso a la justicia.

En este sentido coincido con la jurisprudencia que sostuvo, respecto de las costas: *“Ellas serán impuestas en el orden causado (arts. 68, párrafo 2do. y 71 del Código Procesal), en ambas instancias. Ello por cuanto a pesar de que lo expuesto en los acápite anteriores de este capítulo impide hacer lugar a la demanda, lo cierto es que el banco tardó en informar al BCRA la cancelación del cheque N° que ocurrió el 28.11.2001, comunicándola recién el 02.07.2002; cuestión que pudo generarle a los actores la convicción de que los asistía derecho a litigar como lo hicieron”*²⁰.

*“La incertidumbre sobre una situación fáctica, la existencia de una situación compleja o dificultosa -tanto en los hechos como en lo jurídico-, como también las dificultades interpretativas de una norma o las cuestiones dudosas de derecho, entre otras, configuran razones que según el caso, autorizan la exención -total o parcial- de costas al vencido”*²¹.

Bajo tales premisas, estimo que las costas del presente juicio deben ser impuestas por su orden.

Por las razones expuestas;

FALLO: I) Rechazar íntegramente la demanda de cobro de pesos y daños y perjuicios incoada;

II) Imponer las costas por su orden, según los precedentes *“Considerandos”*;

III) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto los profesionales actuantes adjunten las respectivas constancias de inscripción frente a AFIP;

IV) Insértese y hágase saber. (Autos: *“Asociación Mutual de Asistencias Integradas c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/Demanda de Derecho de Consumo”* Cuij: 21-002930333-6).

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, en autos: *“Priore S.A. y otro c. Banco Supervielle”* 23/06/2010. La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/39529/2010.

21 CSJN, in re *“Nelson Juan Manuel y otro c/ Aramburu Eugenio Carlos José y otros s/ nulidad de acto jurídico”* del 13.12.2016.



Poder Judicial

.....
DRA. ELISABET CARLA FELIPPETTI
Secretaria

.....
DR. FABIAN E. DANIEL BELLIZIA
Juez