

En Buenos Aires a los 20 días del mes de abril de dos mil doce, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “PROCONSUMER c/ BANCO ITAU BUEN AYRE S.A. s/ SUMARÍSIMO” (expediente n° 79750.04; Com. 1 Sec. 2) en los que, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Julia Villanueva (9), Juan Roberto Garibotto (8) y Eduardo R. Machin (7).

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 338/341? A la cuestión propuesta, la señora juez Julia Villanueva dijo:

I. Los hechos del caso.

1. Proconsumer promovió demanda contra Banco Itaú Buen Ayre S.A. a fin de obtener que esta última se abstuviera de continuar aplicando intereses a sus clientes del sistema de tarjetas de crédito, compra o débito que superaran el tope previsto en el art. 16 de la ley 25.065 y sus normas reglamentarias.

Solicitó asimismo que la demandada fuera condenada a reintegrar a los nombrados las sumas de dinero que hubiera percibido en violación a dicho tope, planteando a este efecto la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, modificados por el art. 4 de la ley 25.561.

2. El Banco Itaú Buen Ayre S.A. resistió en un todo la procedencia de la acción.

En primer lugar opuso excepción de falta de legitimación activa que fundó, en extrema síntesis, en el hecho de que los derechos invocados por la actora eran de carácter patrimonial, puramente individuales y divisibles, por lo que no se configuraba, según entendió, ningún interés colectivo susceptible de otorgar a la nombrada esa legitimación.

Planteó también defensa de falta de acción en lo concerniente al uso de tarjetas de débito y de compras, a cuyo efecto explicó que los

bancos no financiaban ningún tipo de transacción con esas tarjetas, por lo que tampoco podían cobrar en ese marco ningún tipo de interés que justificara la demanda articulada sobre esa base (art. 2, inc. e, LTC).

No obstaba a ello, según expresó, que en algunos casos dichas tarjetas se encontraran vinculadas a cuentas corrientes con autorización para girar en descubierto, dado que en tales casos su régimen resultaba subsumido por el de la cuenta corriente respectiva, y no por el que concernía a las tarjetas de crédito. Tras aclarar que su parte no operaba –ni podía operar- con tarjetas de

compra, opuso también excepción de prescripción.

En este último sentido, sostuvo que las acciones reguladas por la LTC prescribían a los tres años (art. 47), de lo que dedujo que la actora no podía extender su reclamo más allá de ese plazo computado desde la interposición de la demanda.

II. La sentencia apelada.

El pronunciamiento dictado en la anterior instancia hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada, rechazó el pedido de inconstitucionalidad más arriba reseñado y distribuyó las costas en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la actora.

Para así sentenciar, el magistrado de grado desestimó la excepción de falta de legitimación activa y sostuvo que era inoficioso pronunciarse sobre la de prescripción en razón de que la presente acción había sido promovida el 9.12.04 mientras que la reglamentación del mencionado art. 16 LTC –contenida en la Comunicación “B” 7965 del BCRA- había entrado en vigencia el 28.8.03.

Con respecto al fondo de la cuestión, afirmó que la información proporcionada por el Banco Central y por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor daba cuenta de la violación de la norma citada por parte de la demandada, extremo que consideró suficiente para pronunciar la condena cuestionada debido a que el peritaje contable oportunamente ofrecido no había podido ser producido porque esta última lo había impedido por las razones que explicó.

En cuanto a la defensa vinculada con las tarjetas de débito y de compra, la admitió por considerar que no se encontraba probado que la operatoria de esas tarjetas hubiera estado relacionada con la de las tarjetas de crédito (art. 56, LTC), y rechazó la declaración de inconstitucionalidad solicitada por la demandante.

III. Los recursos.

Contra la referida sentencia se alzaron ambas partes. La actora fundó su apelación a fs. 348/357, la que fue contestada por su contraria a fs. 386/394. De su lado, la demandada hizo lo propio a fs. 369/384, mediante presentación que recibió la respuesta que obra a fs. 396/402.

Razones metodológicas aconsejan referir primero los agravios de esta última, quien propicia la revocación total del fallo apelado.

En primer lugar se queja de que el sentenciante la haya considerado reticente en la producción del peritaje contable y haya dictado sentencia con prescindencia de dicha prueba.

En tal sentido, destaca que la cédula que contenía la intimación instada por el perito respectivo fue traspapelada como consecuencia de la mudanza del estudio jurídico que representa al banco demandado en este juicio, por lo que su parte no se enteró de la existencia de la aludida intimación sino tras el dictado de la sentencia.

Se agravia también del rechazo de la excepción de falta de legitimación activa opuesta por su parte, y de la imposición de las costas generadas por el rechazo de esa excepción y de la de prescripción.

En tal sentido, sostiene que, al no haber sido resueltas las aludidas excepciones como de previo y especial pronunciamiento, esa condena en costas no correspondía en tanto no debían ser tratadas como incidencias. Por lo demás, afirma que es contradictorio imponer las costas a su parte por haber declarado inoficioso el tratamiento de la excepción de prescripción; posición que sustenta en el hecho de que, en rigor, tal declaración no importó materialmente su rechazo.

Por último, se agravia de que se haya decidido aplicar a su parte intereses sobre las sumas a devolver tomando al efecto tasas que exceden las contempladas en las doctrinas plenarias de esta Excma. Cámara sentadas en “La Razón” y “Calle Guevara”.

Hasta aquí el recurso de la demandada.

En cuanto al de la actora, ella se agravia por considerar que, al declarar inoficioso el planteo prescriptivo, el juez de grado implícitamente limitó la devolución de los intereses a partir del 28.8.03, fecha en que entró en vigencia la Comunicación “B” 7965 que el sentenciante consideró reglamentaria del art. 16 LTC.

Se queja también de que el a quo haya rechazado su pretensión vinculada con las tarjetas de débito y de compra, y hace lo propio con respecto a la omisión –que imputa al sentenciante- de ordenar que el peritaje contable (necesario para determinar la cuantía del monto que debe ser restituido a los consumidores) se produzca durante la etapa de ejecución de la sentencia.

Requiere asimismo que se aplique a la demandada una multa en los términos del art. 52 LDC, sanción cuya procedencia funda en los obstáculos que ésta opuso para evitar que el peritaje de marras se produjera en tiempo propio.

Finalmente, se agravia del rechazo del pedido de inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 25.561 y de la forma en que fueron distribuidas las costas.

IV. La solución.

1. A mi juicio, los argumentos vertidos por la Señora Fiscal General ante esta Cámara en el dictamen que antecede dan adecuada respuesta a los agravios articulados, por lo que a esos argumentos me remito a efectos de fundar la suerte que uno y otro recurso deben correr, según mi ver.

Sólo corresponde efectuar algún desarrollo adicional enderezado a ratificar –si fuera posible- la corrección de la solución allí propuesta, y

a tratar algunos aspectos que no han sido objeto de tratamiento en tal dictamen.

En lo concerniente al rechazo de la falta de legitimación activa, la Señora Fiscal ha fundado su propuesta –que comparto en un todo- en forma clara y contundente y con respaldo en la doctrina sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Halabi”, por lo que, a los efectos que me ocupan, no cabe sino remitirse a este aspecto del dictamen.

2. En lo que al fondo de la cuestión interesa, corresponde traer a colación que, como surge de la reseña que antecede, los hechos ilícitos que fueron reprochados a la demandada transitaron por un doble canal de relaciones.

Por un lado, se le recriminó haber excedido el tope de intereses previsto en el ya citado art. 16 en lo vinculado concretamente a las operaciones financieras instrumentadas por medio de tarjetas de crédito.

Y, por el otro, se le reprochó el mismo ilícito pero cometido en ocasión de operaciones realizadas mediante la utilización de tarjetas de débito y de compra.

El primero de los aspectos requiere hoy decidir si, tal como fue sostenido por el juez de la primera instancia, existen pruebas suficientes como para inculpar a la demandada haber incurrido en el ilícito de que se trata.

Y el segundo –esto es, operaciones realizadas mediante el empleo de tarjetas de débito y de compra- impone dilucidar si cupo o no el rechazo de la demanda en este plano del modo en que lo hizo el juez de grado.

En ese orden paso a tratarlos.

3. La apelante sostiene que la omisión de realizar el peritaje contable impidió determinar si su parte había o no incurrido en el exceso que le fue reprochado, extremo que, según su ver, se ratifica a la luz del

pedido actual de su contraria de que tal peritaje sea producido con posterioridad a esta sentencia.

A mi juicio, el recurso es inviable en este aspecto.

A lo dicho ya a este respecto por la señora Fiscal, cabe agregar que del desarrollo argumental efectuado por la misma apelante surge que ésta ha admitido –bien que implícitamente- la responsabilidad que le fue endilgada en la omisión de la prueba de que se trata.

La pretensión de que esa omisión se debió al hecho de que su parte no había recibido la intimación más arriba referida porque se le había traspapelado la cédula respectiva mientras se estaba mudando, es alegación que la misma apelante ha admitido como una pretensión que “suena” a excusa (así la calificó ella misma en su memorial).

Y aunque no fuera una excusa, lo cierto es que, de todos modos, es objetivamente improponible: si se admitiera que los litigantes pudieran invocar vicisitudes personales de esa naturaleza para sortear los efectos de las notificaciones practicadas en juicio, el mismo trámite de éste se tornaría en extremo inseguro o virtualmente inviable, lo cual es inadmisibile.

De ahí que la argumentación de la quejosa no exhibe más que una situación que, aunque lamentable, no es apta para proporcionar una seria y objetiva justificación del referido incumplimiento suyo a una orden judicial vinculada con un aspecto de tanta importancia para la suerte del pleito.

Y esto, con mayor razón, si se atiende a que ese negligente obrar (no de otro modo podría calificarse el hecho de no haber adoptado los arbitrios necesarios para no extraviar las cédulas en medio de una mudanza), es todavía más grave si se atiende a la envergadura del presente juicio, y a lo inverosímil que resulta la situación en tanto alegada por un estudio que se califica a sí mismo –como lo ha hecho en el memorial- como un importante estudio de nuestro medio.

En tal marco, y dado que, descartada esa “excusa” (rectius: lamentable episodio), la recurrente no cuestiona las consecuencias que de tal omisión siguió el juez, forzoso es concluir que el agravio no puede prosperar: el magistrado se atuvo a las constancias de la causa e interpretó lo único que podía razonablemente interpretar frente a ese incumplimiento de la quejosa, esto es, que ella había decidido no colaborar con la producción del peritaje en cuestión, ponderando esa omisión como un elemento en su contra.

Y pudo así proceder y dictar la sentencia condenatoria que dictó, porque, contrariamente a lo que en su memorial expresa la apelante, sí existían elementos susceptibles de conducir a la conclusión de que había mediado de parte de la nombrada el incumplimiento que le había sido reprochado en la demanda en lo concerniente a las tarjetas de crédito.

Ese incumplimiento surge del informe proporcionado por el Banco Central a fs. 153/196 y particularmente a fs. 199/203, como así también de lo informado por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor a fs. 116/137, entidades ambas que dieron cuenta de la violación en la que la demandada había incurrido con respecto al referido límite previsto por el art. 16 en cuestión.

Es claro que, frente a ese plexo probatorio ya reunido en el expediente, cobraba todavía mayor relevancia la necesidad de producir el peritaje en cuestión, único elemento que podría eventualmente haber servido para acreditar que, contrariamente a lo informado por las mencionadas entidades, la demandada no había aplicado una tasa de interés superior al mencionado tope legal (art. 16, LTC).

Su omisión en tal sentido es, por ende, inexcusable, máxime si se atiende a que, en forma contraria a lo que ella sostiene, la prueba de informes ya referida es claramente conducente: se trata de información que las entidades oficiadas obtienen de la misma demandada en ejecución de lo dispuesto en la Res. 134/98 de la Secretaría de Industria y Comercio, resolución que, a la sazón, no fue cuestionada (v. fs. 117/9).

En tal marco, y si la información que vierten esas reparticiones tiene como base la que, a su vez, les proporciona la propia demandada, no cabe presumir que existan diferencias entre los datos que ésta tiene registrados en sus libros y los que del referido modo fueron aportados a la causa, siendo del caso señalar que, en todo caso, si tales diferencias existían, era carga de la recurrente atacar de falsedad los informes adjuntados, lo que no ha hecho.

Ella, exhibió, en cambio, una conducta errática, que no puede ser tomada como un serio ataque de falsedad: primero, cuestionó las tasas informadas por la referida Subsecretaría por considerar que la autoridad de control era el B.C.R.A. (v. fs. 72 vta.); y después, ante el informe proporcionado por dicho organismo rector en igual sentido – esto es, que se había vulnerado el límite legalmente previsto-, la recurrente pasó a sostener que esa información era “ciertamente errada” (sic, v. fs. 207), considerando entonces que sólo del peritaje contable surgirían los datos que permitirían dilucidar la cuestión.

En tales condiciones, y dado que finalmente ese peritaje no se produjo por causas imputables a la misma interesada, es mi conclusión que el agravio recién tratado debe ser desestimado.

4. Así las cosas, y siguiendo el esquema de desarrollo anunciado más arriba, paso a tratar ahora el agravio de la demandante vinculado con el rechazo de su pretensión en tanto fundada en el uso de tarjetas de débito y de compra.

Según mi ver, este agravio tampoco puede prosperar.

No hay una sola prueba en este expediente que acredite que la demandada haya utilizado los aludidos instrumentos en relación con contratos de tarjetas de crédito.

Es decir: tal como fue señalado por la señora Fiscal, la demandante no ha acreditado que se hubiera configurado el presupuesto de la obligación que pretendió pesaba sobre su contraria, esto es, la de respetar también en el uso de esas otras tarjetas el tope de interés de que aquí se trata.

Adviértase que los informes que he ponderado en el punto anterior, sólo habilitan a tener por configurado el ilícito en cuestión respecto de las tarjetas de crédito, pero nada hay en ellos que permita sostener que, como se pretendió en la demanda, la demandada también haya incurrido en la violación cuestionada en el marco del uso de estas otras tarjetas.

Ese uso ha sido probado, y no puede ser presumido.

Ocurre, en cambio, lo contrario, dado que, como es hecho notorio, los bancos no suelen emitir tarjetas de compras y, en lo que concierne a las de débito, ellas se presentan como meros instrumentos para utilizar las disponibilidades crediticias abiertas a favor de los clientes en cuentas corrientes o en cajas de ahorros, cuyos regímenes son –no el correspondiente a la tarjeta de crédito- los que se aplican para regular las relaciones consecuentes.

Por tales razones, es mi parecer que la sentencia debe ser confirmada en lo que respecta al aspecto recién tratado.

5. Sentado lo expuesto, paso a ocuparme de tratar el agravio de la actora vinculado con el límite impuesto por el a quo al fijar la fecha a partir de la cual debían devolverse las sumas mal cobradas.

En tal sentido, y tras considerar que el reclamo sólo sería procedente a partir del 28.08.03 en que había sido dictada la Comunicación “B” 7965 del Banco Central (que el juez consideró reglamentaria del art. 16 ya citado), el sentenciante concluyó que la excepción de prescripción opuesta por la demandada era abstracta.

No comparto esa solución.

Ha sido demostrado en autos que existieron normativas del Banco Central –v. gr. Comunicación “A” 3044, Sección 2 de las normas sobre “Tasas de interés en las operaciones de crédito”, Comunicación “A” 3052, 3123, 3266, 4003 (v. fs. 199)- que, siendo anteriores a la citada Comunicación “B” 7965, regularon la cuestión en términos que demuestran que esta última no agregó nada sustancial a lo que ya había sido de tal modo establecido; o, al menos, no lo hizo en

términos que permitan sostener que fue dicha Comunicación la que volvió operativo –que es lo que aquí interesa- al citado art. 16 (si es que no lo era desde el mismo dictado de la ley que lo contiene).

Me remito, a efectos de fundar este aserto, a los desarrollos expuestos por la señora Fiscal General sobre este punto, que comparto en un todo.

En tal marco, y si bien es claro que, en tales condiciones, el reclamo no debe limitarse a la fecha de dicha comunicación, no menos lo es que tampoco puede remontarse –como se pretendió en la demanda- hasta el momento en que entró en vigencia la ley que contiene el citado art. 16.

Es que, dado el tiempo en que fueron dictadas esas reglamentaciones anteriores –y sin perjuicio de que, según mi ver, no existe razón para considerar que el mencionado art. 16 no hubiera sido inmediatamente operativo-, corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción tal como ella fue opuesta.

Así cabe razonar si se atiende a que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47 de la L.T.C., las acciones reguladas en tal ordenamiento prescriben a los tres años; plazo que, cabe recordar, coincide con el contemplado en el art. 50 de la ley 24.240 que cita la señora Fiscal General.

Dado ese plazo, y teniendo en consideración que la demanda interpuesta en estos autos lo fue con fecha 9.12.04, forzoso es concluir que la acción se hallaba prescripta en lo que respecta a todos los reclamos fundados en hechos anteriores a esos tres años, computados desde la aludida fecha de interposición de la demanda.

La pretensión –esgrimida por la actora- de que ese plazo fue interrumpiéndose por la comisión de nuevas infracciones en los términos del art. 50 de la ley 24.240, no resulta conducente.

Y esto, por cuanto no hay en autos ningún dato que habilite a esta Sala a sostener que medió tal conducta reiterativa de infracciones, siendo

del caso destacar que, para que hubieran podido producir ese resultado interruptivo, esas infracciones hubieran debido verificarse mediante conductas del banco producidas frente a los mismos clientes.

Como dije, no existen datos al respecto, lo cual obsta a la posibilidad de dar por ciertos los extremos de hecho sobre los cuales la actora ha fundado este planteo.

Por tales razones, es mi parecer que la sentencia apelada debe ser modificada en los términos más arriba referenciados.

6. En cuanto al pedido de la demandante de que se aplique a su contraparte una multa en los términos del art. 52 L.D.C., no lo encuentro procedente.

Es verdad que, de conformidad con el art. 53 de la L.D.C., los prestadores deben aportar al juicio todos los elementos que se encuentren a su alcance para poder lograr el esclarecimiento de los hechos que se debaten.

Pero, según mi ver, esa norma no puede ser invocada en la especie para obtener que la demandada sea sancionada del modo en que se pretende, toda vez que, por tratarse precisamente de una sanción, deben extremarse los recaudos para comprobar que el litigante haya obrado con mala fe al producir la conducta que genera el reproche, extremo que, en el caso, no puede tenerse por comprobado.

7. Por lo demás, no se puede dejar de ponderar la propia conducta de la actora sobre este asunto, quien solicitó el dictado de la sentencia antes de que se produjera el peritaje cuya omisión hoy reprocha a su adversaria, pese a que, como es obvio, dicha prueba hubiera podido producirse mediante la adopción de los arbitrios procesales que fueran menester.

Y tanto hubiera podido producirse, que la misma demandante solicita en su apelación que dicho peritaje se produzca durante la etapa de ejecución de sentencia.

Aun cuando la propuesta es claramente impropia –dado que no es durante esa etapa que deben producirse este tipo de pruebas-, propongo hacer lugar al planteo a efectos de evitar que la demandante quede colocada en la asistemática situación de haber obtenido una sentencia favorable, pero no susceptible de ejecución.

Y esto, por algo claro: si no se produce ese peritaje, será imposible dilucidar cuánto y a quiénes les debe pagar la demandada por razón de la conducta ilícita aquí tratada, por lo que no queda otro remedio que habilitar el aludido temperamento.

8. En cuanto al cuestionamiento de la demandada vinculado a los intereses que deberá pagar sobre los importes que se determinen como mal cobrados, los argumentos –a los que me remito- proporcionados por la señora Fiscal General en el dictamen que antecede, son suficientes para desestimar el agravio.

9. A la misma conclusión desestimatoria corresponde arribar en lo que concierne al pedido de declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 25.561; solución que, según mi ver, es la correcta por razón de los fundamentos vertidos en el mismo dictamen recién referido, a los que también me remito.

10. Ambas partes se han quejado de la distribución de la costas decidida en la sentencia apelada.

A mi juicio, y atendiendo al resultado del pleito, ellas deben distribuirse en el orden causado en ambas instancias.

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

Así las cosas, y dado que la acción sólo ha de prosperar por la mitad de lo reclamado –o incluso por menos si se atiende a la admisión de la

excepción de prescripción y al rechazo del reclamo fundado en las tarjetas de débito y de compras- es mi convicción que lo justo en este plano es atender a ese vencimiento recíproco y distribuir de aquel modo los gastos causídicos.

Esto, con la siguiente aclaración: dado que asiste razón a la defendida en cuanto a que las excepciones opuestas por ella no generaron incidencias autónomas, mi propuesta en este plano no se funda en esa apreciación –que ha sido objeto de agravio-, sino en lo ya dicho, esto es, en ese vencimiento recíproco que ha sucedido en lo concerniente al fondo de la cuestión.

V. La conclusión.

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

- a) Modificar la sentencia apelada en los términos que resultan de los puntos 5 y 7 de las consideraciones precedentes, y confirmarla en lo demás que decide.
- b) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.
- c) Notifíquese a la Sra. Fiscal General, a cuyo fin remítanse los autos. Así voto.

Por análogas razones, los Señores Jueces de Cámara, doctores Juan R. Garibotto y Eduardo R. Machin, adhieren al voto anterior.

Con lo que terminó este acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Eduardo R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva. Ante mí: Rafael F. Bruno. Es copia de su original que corre a fs. del libro de acuerdos N° Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal Sala "C".

Rafael F. Bruno Secretario

Buenos Aires, 20 de abril de 2012. Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, se resuelve: a) Modificar la sentencia apelada en los términos que resultan de los puntos 5 y 7 de las consideraciones precedentes, y confirmarla en lo demás que decide. b) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. c) Notifíquese a la Sra. Fiscal General, a cuyo fin remítanse los autos.

Notifíquese por Secretaría.

Juan R. Garibotto

Eduardo R. Machin

Julia Villanueva

Rafael F. Bruno Secretario