

# Poder Judicial de la Nación

En Buenos Aires, a los 3 días del mes de diciembre de dos mil veintiuno, se reúnen por vía remota los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Prosecretaria Letrada de Cámara, para entender en los autos caratulados **“ASOCIACIÓN POR LA DEFENSA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES -ADUC- contra BANCO CREDICOOP COOP. LTDO. sobre ORDINARIO”** (Expediente N° 35209/2015) originarios del Juzgado del Fuero N° 4, Secretaría N° 8, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 CPCC, resultó que debían votar en el siguiente orden: Dr. *Alfredo Arturo Kölliker Frers* (Vocalía N° 2), el Dr. *Héctor Osvaldo Chomer* (Vocalía N° 1) y Dra. *María Elsa Uzal* (Vocalía N° 3).

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

**¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?**

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

## **I. LOS HECHOS DEL CASO.**

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

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

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



# Poder Judicial de la Nación

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

Apuntó que, como antecedente a esta Comunicación del BCRA, tres (3) días antes la AFIP dictó la Resolución 3583 que reguló la compra de moneda extranjera para tenencia por parte de personas físicas. Añadió que el único punto no previsto en dicha Resolución era el tipo de cambio aplicable, que la Resolución 3450 expresamente habría señalado como el tipo de cambio vendedor del BNA al cierre del día anterior.

La actora siguió indicando que a partir de noviembre de 2011 se empezaron a publicar dos (2) cotizaciones del dólar, el oficial y el llamado “dólar blue o dólar paralelo”, siendo que el acceso de los particulares a las operaciones de dólar ahorro o compra para tenencia de billetes extranjeros en el país fue negado desde el mes de julio de 2002, primero por la AFIP y luego normativizado por el BCRA a través de la comunicación A 5318, restableciéndose la posibilidad a partir de enero de 2014.

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

Señaló que existirían diferencias entre el Mercado Local de Cambios (MLC) en el marco del cual el BCRA y la AFIP autorizaron la compra del “dólar ahorro” y compra para “*tenencia para atesoramiento*”, y el Mercado Único y Libre de Cambios (MULC) creado por Decreto 260/02 con la condiciones de la Comunicación A 3471, consistentes en que, por un lado, según el MLC se podían adquirir dólares con billetes pesos, lo que no es aceptado frente a las normas del MULC y, por el otro, en que no existiría ni libre oferta ni libre demanda de moneda extranjera, atento las restricciones para su adquisición. Añadió que en las Comunicaciones A 5388 y 5460 se establecieron las reglas de protección de los usuarios de servicios financieros, entre las que se contemplaban los cargos y comisiones que podían ser admitidos, los que debían ser, en todos los casos, consentidos por los usuarios. Invocó, asimismo, las normas emergentes



# Poder Judicial de la Nación

del Código de Prácticas Bancarias, como de la Declaración Universal de Derechos de los Usuarios del Servicio Bancario y Financiero, arguyendo que la accionada habría incumplido con las exigencias que la Constitución establece en relación con la información adecuada y veraz que debe brindar a los usuarios y consumidores, a condiciones de trato equitativo y a la protección de sus intereses económicos, generando en perjuicio de los usuarios falsas creencias acerca de sus derechos y las correlativas obligaciones de la empresa.

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

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

Finalmente requirió la aplicación de la multa civil prevista en el art. 52 LDC.

(2.) Corrido el pertinente traslado de ley, se presentó a fs. 156/89 la entidad bancaria demandada planteando las *excepciones de falta de legitimación activa, de prescripción parcial y de litispendencia* y, en subsidio, contestando la demanda, solicitando su rechazo con costas.

Con respecto a la *ausencia de legitimación* de la actora, recordó que en el precedente de la CSJN “Halabi” se había sentado una serie de requisitos que, en el caso, no encontró cumplidos. En ese sentido, aseguró que en el caso no había un interés común que fuera preponderante, toda vez que se trataba del reclamo de unos supuestos cobros indebidos que habrían afectado intereses individuales y divisibles de cada persona que hubiera efectuado la transacción cuestionada. Adujo, también, que la asociación no se encontraba legitimada para solicitar la imposición de una condena por daño punitivo prevista en el art. 52 LDC.



# Poder Judicial de la Nación

En punto a la *excepción de prescripción parcial*, solicitó que se declarara prescripta la acción con respecto a las operaciones previas a los tres (3) años anteriores a la presentación de la demanda. Explicó que el plazo de prescripción aplicable era el trienal previsto en el art. 50 LDC –en la redacción establecida por la ley 26.361- por ser la presente una acción entablada con base en esa norma.

La entidad demandada planteó, asimismo, la *excepción de litispendencia*, fundada en la existencia de otro pleito entre las mismas partes en las que se debatían idénticas cuestiones a las aquí expuestas aunque con relación al denominado “*dólar turista*”. Refirió que el expediente era el número 35690/2015, caratulado “*ADUC c/ Banco Credicoop Coop. Ltda. s/ ordinario*” y solicitó su acumulación con este proceso.

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

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

Planteó, además, la inconstitucionalidad de la multa prevista en el art. 52 LDC y, subsidiariamente, su inaplicabilidad al caso por no haberse comprobado una violación dolosa o con culpa grave de la ley.

Por último, solicitó que se considerara que la conducta de la accionante y de sus letrados había sido temeraria conforme lo previsto en el art. 45 CPCCN. Al respecto, adujo que la asociación había partido de un falso presupuesto al promover la acción, dado que había alegado haber constatado que su parte cobraba un cargo o comisión encubierto, lo que no había ocurrido. Añadió que la accionante había tomado



# Poder Judicial de la Nación

falsas cotizaciones del BCRA para intentar demostrar que *Banco Credicoop* vendía la divisa extranjera a un precio superior, habiendo sido la verdadera cotización de la fecha tomada a modo de ejemplo en la demanda superior a la que cobró el banco a sus clientes. Sostuvo que ese grave error, que podía haberse evitado con una simple consulta *online*, demostraba la falta de idoneidad de la asociación para representar a los consumidores. Apuntó, además, a la conducta de los letrados patrocinantes de la accionante, quienes habían asesorado a la asociación para presentar una acción manifiestamente improcedente con el fin de obtener un rédito personal por su actuación en esta causa y en las demás de similar tenor que se iniciaron.

(3.) Integrada la *litis* de este modo y en respuesta al planteo de litispendencia introducido por el demandado, el juez *a quo* dispuso acumular las presentes actuaciones al expte. nro. 35690/2015, los que, según resolvió, tramitarían de forma independiente, aunque accederían de forma conjunta al dictado de la sentencia definitiva (fs. 237/9). Luego, a fs. 308 se resolvió abrir la causa a prueba y, habiéndose producido las ofrecidas del modo que da cuenta la certificación actuarial de fs. 505 los autos fueron puestos a los efectos del art. 482 CPCC en fs. 505 vta., habiendo hecho uso del derecho a que refiere esa norma ambas partes mediante sendas presentaciones efectuadas el 9.3.21. Finalmente, se dictó el pronunciamiento definitivo de manera electrónica el 28.6.21.

## **II. LA SENTENCIA APELADA.**

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

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

Sentado ello pasó a analizar las cuestiones de fondo que se le plantearon. En relación a la pretensión de que se dispusiera el *cese de la conducta antijurídica*



# Poder Judicial de la Nación

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

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

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

Por último, consideró que, dadas las conclusiones a las que había arribado sobre el fondo, nada cabía resolver sobre la excepción de prescripción parcial y la inconstitucionalidad del art. 52 LDC.

### **III. LOS AGRAVIOS.**

(1.) Contra dicha decisión se alzaron ambas partes mediante los recursos de apelación interpuestos por la actora de manera electrónica el 30.6.21 y por la demandada, por el mismo medio, mediante el escrito presentado el 6.7.21, los que fueron concedidos por vía electrónica el 1.7.21 y el 7.7.21, respectivamente. Mientras la accionada fundó su recurso con el escrito presentado el 9.9.21, la accionante fundó el suyo mediante el memorial presentado en igual fecha, habiendo merecido respuesta este último con la presentación del 27.9.21 y el de la actora mediante el escrito electrónico presentado el 28.9.21.

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

Adujo que la sentencia apelada era contradictoria, en tanto reconocía que existían limitaciones para realizar la operación en cuestión pero, al mismo tiempo,



# Poder Judicial de la Nación

sostenía que el MULC no había sufrido afectación alguna. Sostuvo que en el período en cuestión no había existido la libre oferta ni demanda de dólares dado que los consumidores sólo podían adquirir la cantidad de dólares que la AFIP les autorizara y, además, eran cautivos del banco, dado que la operación sólo podía ser realizada por el consumidor en un banco en el que tuviera una cuenta abierta. Explicó que los clientes de la entidad demandada se encontraban cautivos de aquélla para la adquisición de dólares puesto que la única alternativa era abrir una cuenta en otro banco, opción inviable por lo engorrosa y costosa.

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

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

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

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

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

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

(3.) De su lado, la entidad bancaria cuestionó el rechazo de la *excepción de falta de legitimación activa*, la *imposición de costas autónomas por esa cuestión* y la



# Poder Judicial de la Nación

omisión de un pronunciamiento sobre el pedido de que la conducta de la actora y sus abogados fuera considerada *temeraria* en los términos del art. 45 CPCCN.

Con respecto a la *legitimación* de la accionante, el banco consideró que el juez *a quo* había incurrido en una incongruencia al considerar simultáneamente que el hecho ilícito denunciado no había sido probado y que la actora tenía legitimación para obrar, puesto que lo primero implicaba que no había habido una vulneración a derechos individuales homogéneos que produjera efectos colectivos, supuesto necesario para la legitimación de una asociación en una acción colectiva. Continuó refiriendo al criterio expuesto por esta Sala sobre la legitimación de la actora en casos análogos al presente.

Por otra parte, criticó que en la sentencia apelada se hubieran impuesto costas autónomas por la resolución de la excepción recién referida. En ese sentido, explicó que, habiéndose diferido el análisis de la excepción que había sido planteada como de previo y especial pronunciamiento, su tratamiento quedó equiparado al de cualquiera otra de las defensas de fondo expuestas en la contestación de demanda, por lo que no correspondía una imposición independiente de costas.

En último lugar, el banco se quejó de que el juez *a quo* hubiera omitido pronunciarse sobre el pedido de que la conducta de la actora y/o de sus abogados fuera declarada temeraria y que se le impusieran las correspondientes sanciones. Al respecto, señaló que, tanto en la sentencia apelada como en el dictamen del Ministerio Público, se había considerado que el reclamo impetrado carecía de todo asidero, extremo que, entendió, la asociación actora -dada su profesionalidad- no pudo haber desconocido. Añadió que la asociación había asegurado haber constatado la existencia del ilícito denunciado, extremo que consideró falso, y que, además, para ilustrar el supuesto cobro de sobrecargos se había basado en tipos de cambios que no se condecían con los reales. Adujo que, en realidad, se había iniciado una aventura procesal que sólo beneficiaría a los letrados de la accionante, quienes percibirían honorarios por su actuación.

## **IV. LA SOLUCIÓN.**

### **(1.) *Thema decidendum.***

En función del contenido asignado por la actora a su recurso, el *thema decidendum* en esta instancia se centra, por un lado, en determinar si la asociación actora posee o no legitimación para instar la acción intentada y, en cualquier caso, si correspondió o no una condena en costas autónoma por la dilucidación de ese aspecto de la controversia. Por otra parte, en caso de que la respuesta al primer interrogante fuese positiva, habrá de evaluarse si es posible concluir que la entidad bancaria demandada cobró un cargo o comisión encubierta y antirreglamentaria a sus clientes que realizaron operaciones de compra de dólar para ahorro o tenencia durante el período comprendido entre el año 2011 y el año 2015. Por último, deberá resolverse sobre el pedido de sanciones por temeridad efectuado por el banco demandado.



# Poder Judicial de la Nación

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

Resulta también necesario aclarar que, *dada la acumulación dispuesta en fs. 237/9 de esta causa con el expte. nro. 35690/2015, en rigor hubiera correspondido el dictado de un único pronunciamiento para ambos pleitos* (art. 194 CPCCN). Sin embargo, toda vez que en la anterior instancia se optó por el dictado de una sentencia definitiva independiente en cada proceso y que las partes no sólo no han cuestionado esa decisión sino que la han tácitamente convalidado, al presentar, a su vez, sendos recursos y memoriales individuales en cada una de las causas acumuladas, encuentro que resulta prudente, a fin de evitar mayores confusiones, reiterar ese proceder y dictar también en esta instancia un pronunciamiento individual para cada uno de los procesos involucrados.

## (2.) Repaso del marco jurídico del conflicto.

Respecto de la materia que nos ocupa, debe repararse liminarmente en que a partir de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) adoptó una serie de medidas que incluyeron el dictado de la ley N° 25561, de Emergencia Económica, por medio de la cual se dejó sin efecto el régimen de convertibilidad -ley 23.928- y se dispuso el establecimiento de un control de cambios. Dicho dispositivo legal, en su artículo 2, facultó al Poder Ejecutivo Nacional (PEN), por razones de emergencia pública, a dictar regulaciones cambiarias. En el marco de esa delegación, el Poder Ejecutivo (PEN) dictó el Decreto N° 71/02, a través del cual delegó a su vez en el B.C.R.A la reglamentación de todos los aspectos relacionados con las operaciones de compra y venta de divisas extranjeras -conf. arg. art 3-.

Señálase al respecto que es misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda, siendo atribuciones



# Poder Judicial de la Nación

de ese banco el dictado de normas en materia cambiaria tendientes justamente a la defensa del valor del peso argentino. Así, dentro de las funciones de dicha entidad se encuentra la de ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Congreso de la Nación (art. 4, inc. f) Carta Orgánica, ley 24144).

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

En la misma fecha del dictado de ese Decreto (8-2-02), el BCRA mediante Comunicación A 3471, dispuso que, a partir del 11/2/02 operaría un Mercado Único y Libre de Cambios para todas las transacciones cambiarias, en el que el tipo de cambio resultaba del libre juego de la oferta y la demanda (ap.1) y las operaciones se realizarían contra pesos billetes, además de contra cheque propio del solicitante o con debito a cuenta (ap. 4). Se estipuló, también, que las entidades financieras y cambiarias debían dar cumplimiento a los requisitos de registro de las operaciones e identificación de sus clientes, debiendo constar en los boletos de compra y de venta de moneda extranjera la firma del cliente, quien debían presentar además un documento de identidad admitido para operar con entidades financieras (ap. 6).

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



# Poder Judicial de la Nación

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

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

Ahora bien, la autoridad monetaria, en uso de su facultad de ejecutar la regulación cambiaria en orden a las atribuciones que cuenta en su Carta Orgánica (ley 24.144 y modificatorias), dictó a principios del mes de julio de 2012 la Comunicación "A" 5318 -levemente modificada por las Comunicaciones "A" 5330 y 5377- que dispuso expresamente la suspensión de la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2 del Anexo de la Comunicación "A" 5236, no contemplando, por ende, para los sujetos residentes en el país la posibilidad de comprar divisas extranjeras con fines de ahorro. Ello, con el objeto de delimitar la legislación cambiaria en materia de egresos de divisas y la compra de moneda extranjera para la aplicación a destinos específicos, conformando un menú de los casos puntuales en los que se permitía el acceso al mercado de cambios para prestaciones de personas físicas residentes y no residentes (véanse puntos 3.1 a 3.12 de las citadas Comunicaciones "A" 5318, 5330 y 5377). De ese modo, si bien no se había prohibido expresamente, se *suspendió* la compra de divisas extranjeras para atesoramiento personal. En efecto, a través de la delegación legislativa que arranca de la ley 25.561, el PEN y el BCRA a través de sucesivas delegaciones complementarias, terminaron consagrando una normativa que prohibía, en su momento acceder al mercado cambiario con fines de ahorro (vulgarmente conocida como "*cepo cambiario*"), debiendo señalarse en este punto que no cabe, ni es propio -en principio- de la función judicial, un juicio valorativo sobre el obrar que condujo a esa situación sobre la decisión política que limitó el acceso al mercado cambiario del modo que lo hicieron.

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



# Poder Judicial de la Nación

punto 3.2. de la Comunicación “A” 5330 del Banco Central de la República Argentina, y las que en el futuro la reemplacen, modifiquen o complementen, en el momento en que las mismas se efectúen (inc. 1° y 2°).

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

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

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

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



# Poder Judicial de la Nación

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

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

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

Mediante BCRA Comunicación A 5526 se dispuso que las personas físicas residentes en el país podían acceder al mercado local de cambios para las compras de billetes que realizaran por el concepto “compra para tenencia de billetes extranjeros en el país” en función a los ingresos de su actividad declarados ante la Administración Federal de Ingresos Públicos y de los demás parámetros cuantitativos



# Poder Judicial de la Nación

que se establecían, en el marco de la política cambiaria. Dichas operaciones de compra de billetes en moneda extranjera y de divisas sólo podían efectuarse con débito a una cuenta a la vista abierta en entidades financieras a nombre del cliente, o con transferencia vía MEP a favor de la entidad interviniente de los fondos desde cuentas a la vista del cliente abiertas en una entidad financiera, o con pago con cheque de la cuenta propia del cliente.

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

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



# Poder Judicial de la Nación

inversiones en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas jurídicas, compra para tenencias de billetes extranjeros en el país y compra de cheques de viajero; cuando se reúnan las condiciones allí señaladas.

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

En el caso, la entidad bancaria demandada planteó al contestar la demanda la excepción de falta de legitimación activa en tanto consideró que no se hallaban reunidas las condiciones establecidas en el fallo “*Halabi*” para la procedencia de una acción de clase. Tal excepción fue desestimada por el juez de la anterior instancia, decisión que fue cuestionada por el banco demandado, quien invocó la aplicación del criterio sentado por esta Sala en otros casos análogos.

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

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

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

Cabe apuntar que si bien la Corte consideró en el fallo “*Halabi*” que el art. 43 CN es claramente operativo y "es obligación de los jueces darle eficacia, cuando



# Poder Judicial de la Nación

se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”, ello no debe trasladarnos al extremo de conceder legitimación a cualquier asociación establecida sin más recaudos que los previstos en la legislación general (conf. Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad" T. 2, pág. 77). En ese sentido, se ha dicho que las asociaciones de consumidores no deberían tener un objeto tan amplio que les permitiera accionar en defensa de cualquier derecho, pues de allí a la acción popular sólo faltaría recorrer un pequeño trecho (conf. Bianchi, ob. cit.).

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

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

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

Por ende, siendo que en autos sólo se estaría persiguiendo un reclamo de reintegro de sumas, pretensión que resulta patrimonial e individual de cada uno de los clientes del banco que se pretende representar, se aprecia que la asociación carece de legitimación para reclamar en ese sentido. En este marco, asiste razón a la entidad bancaria demandada, por lo que corresponde hacer lugar a su recurso, revocar la sentencia apelada en este aspecto y admitir la excepción de falta de legitimación activa articulada por el banco demandado.



# Poder Judicial de la Nación

Si bien lo hasta aquí expuesto basta para sellar la suerte del presente pleito, entiendo pertinente, a fin de brindar la más completa respuesta jurisdiccional, dar una breve respuesta al recurso incoado por la accionante que, como se verá, no hará más que confirmar la justicia de la desestimación de la demanda.

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

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

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

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

Así, si bien se establecieron restricciones a la adquisición de la moneda extranjera, ya sea para fines turísticos o para ahorro, ello no importó la suspensión del mercado único y libre de cambios, el cual, con esas limitaciones, continuó actuando. En



# Poder Judicial de la Nación

este aspecto, no se comparte la consideración de la actora en cuanto a que no funcionaba el Mercado Único y Libre de Cambios durante el tiempo objeto de autos, pues las restricciones que *AFIP* efectuó a la compra de divisas no impidió en los hechos que aquellas hayan podido ser adquiridas tanto por personas físicas o jurídicas, y en cuanto al valor cobrado por cada institución financiera, no existían impedimentos para que los usuarios abran cuentas en aquellos bancos que, según el criterio propio de cada consumidor, le fuera más favorable. Véase que, como lo indica la Representante del Ministerio Público en su dictamen, si bien los recaudos que impuso la Comunicación A 5526 –entre otras normas- pudieron haber afectado el valor de la divisa, ello no importó alterar el régimen bancario, imponiendo un valor único de cambio (ver fs. 6 del dictamen presentado el 30.9.21).

De otro lado, como también lo refirió la Fiscal General en su dictamen del 30.9.21, no puede alegarse que la *AFIP*, mediante la RG 3583 o cualquiera de sus modificatorias, haya impuesto un tipo de cambio oficial para la compra o venta del dólar para ahorro. Ello pues, si bien dicho organismo es el encargado de ejecutar la política tributaria y aduanera, no tiene competencia alguna en la actividad cambiaria, dado que es el *BCRA* el competente para dictar normas en materia cambiaria (art. 4, inc. f) y 29 Carta Orgánica, ley 24144).

Véase que la propia *AFIP* manifestó que era ajeno a la competencia de dicho organismo fijar el precio de venta de la moneda extranjera (ver contestación de la consulta efectuada por la Asociación de Bancos de la Argentina incorporada en copia por la demandada en fs. 275 del expediente acumulado, análoga a la incorporada por la propia *AFIP* en el expte. nro. 35.150/2015, conexo al presente, como así también a otros de esta misma familia) añadiendo que el tipo de cambio fijado en las RG N° 3450 y 3583 sólo resultaban aplicables para la determinación de los importes a percibir en el supuesto de operaciones celebradas en moneda extranjera.

De su lado, el *BCRA*, conforme surge de la copia que luce en fs. 276 vta./277 del expediente acumulado, adunada por el banco, de la contestación a una consulta efectuada por la *Asociación de Bancos de la Argentina* (análoga a la incorporada por el propio *BCRA* en el expte. nro. 35150/2015, conexo al presente, así como también a otros de esta misma familia), señaló que el Decreto N° 260/02 estableció el funcionamiento del MULC, por el que debían cursarse todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras y que el art. 2° de dicho Decreto señalaba que dichas operaciones serían realizadas al tipo de cambio que sea libremente pactado, sujetándose a los requisitos y reglamentaciones que ese organismo estableciera. Indicó que el *BCRA* mediante Comunicación A 3471 estableció que el tipo de cambio resultaría del libre juego de la oferta y demanda. Señaló, por otra parte, que no se habían dictado normas cambiarias en vigencia del MULC respecto de tipos de cambio que deben ser



# Poder Judicial de la Nación

aplicados a operaciones de formación de activos externos de residentes. Indicó, además, que la RG AFIP 3450/13 no estableció ningún tipo de cambio oficial, reafirmando que el precio al que cada entidad autorizada a operar en cambios ofrece moneda extranjera a la venta puede ser determinado libremente por cada entidad a partir de lo dispuesto por el art. 2 del Dec. 260/02.

Así las cosas, es claro que las entidades bancarias tenían libertad para fijar el tipo de cambio que ofrecían a sus clientes, y que las disposiciones dictadas por AFIP, a que hizo referencia la actora sólo podían tener incidencia en materia tributaria, como el mismo organismo lo señala, y ello surge también de manera clara de la lectura de las RG 3378, 3379, 3450 y 3583, en donde la conversión allí dispuesta, tomando como tipo de cambio el de vendedor fijado por el BNA tuvo como única finalidad la de establecer el monto en pesos que debía ser retenido, según dichas normas, como adelanto de impuesto a las ganancias o sobre bienes personales.

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

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

Tales conclusiones no pueden ser rebatidas con la simple manifestación de que las autoridades que emitieron los informes antes señalados son distintas a aquellas que estuvieron a cargo de los organismos en el período involucrado, pues la política monetaria y cambiaria surge de las propias normas que se dictaron y que fueron analizadas.

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

Es que de la pericia contable realizada a fs. 468/74 y de las contestaciones de las impugnaciones presentadas por las partes de fs. 4910/2, 495/7 sólo surge una diferencia entre el valor al que vendió la moneda extranjera a sus clientes en



# Poder Judicial de la Nación

comparación con el tipo de cambio utilizado por el BNA, mas no surge de dicho informe que dicha diferencia se debiera al cobro de un cargo o comisión de parte del banco accionado, por lo que válidamente puede admitirse que dicha diferencia solamente dependía del valor libremente pactado, como lo permitía el régimen cambiario y se encontraba de acuerdo con las reglamentaciones del BCRA.

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

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

De ello se sigue que no sólo la accionante, por los fundamentos expuestos en el apartado anterior, carecía de legitimación para reclamar la restitución de las sumas que alegó le habían sido ilegítimamente cobradas a los miembros del grupo supuestamente afectado que quiso representar, sino que, además, no se ha logrado demostrar en la causa que el banco demandado hubiera efectivamente incurrido en una conducta contraria a derecho.

(5.) Sobre la posibilidad de calificar como temeraria a la conducta de la accionante y/o de sus abogados.

El banco demandado señaló que en el pronunciamiento apelado se había omitido un pronunciamiento sobre el pedido de declaración de temeraria de la conducta



# Poder Judicial de la Nación

de la actora y sus letrados en los términos del art. 45 CPCCN y la correspondiente imposición de una multa, requiriendo que esa omisión fuera subsanada en esta instancia.

En cuanto a la aplicación de lo dispuesto por el art. 45 CPCCN, corresponde precisar que la citada normativa contempla la imposición de sanciones a la parte vencida -o a su letrado- sólo cuando éstas hubieren incurrido en la denominada conducta procesal genérica, consistente en el proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe (arts. 34, inc. 5, CPCCN) manifestado en forma persistente durante el transcurso del proceso judicial. Su fin es moralizador y, por ese medio, se procura sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias, sabedor de su falta de razón, utilizando las potestades legales con una finalidad obstruccionista y dilatoria.

Así, es temeraria la conducta del litigante que tuvo o debió tener conocimiento de su falta de motivos para deducir o resistir la pretensión, es decir, la conciencia de la sinrazón de sus planteos y, no obstante, de su realización en abuso de la jurisdicción (Fassi, Santiago C. - Maurino, Alberto L. - Yáñez, Cesar D., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes*, t I, 3era ed., Astrea, Bs. As., 1988, p. 322).

En punto a su juzgamiento, es dable precisar que es función que el juez debe evaluar discrecionalmente si la conducta desplegada por la parte y/o sus letrados merece la calificación de temeraria, para lo cual es menester proceder con suma prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las peticiones o las defensas hayan sido finalmente desestimados o carezcan de sustento jurídico, dado que ello significaría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio que debe ser celosamente preservada, recordando que el juez debe proceder con cautela en tales cuestiones (esta CNCom., esta Sala, 18.3.19, mi voto *in re*: “*Florio, Lina y Otro c/ Cobermed Medicina Privada Cobensil S.A. s/ordinario*”).

En definitiva, el criterio que preside la aplicación de sanciones procesales debe ser restrictivo y, en caso de duda razonable, ha de estarse por su no aplicación, admitiendo con amplitud el ejercicio del derecho de defensa y restringiéndolas a los casos en que resulte manifiesto el exceso en dicho ejercicio (Fassi, Santiago C. - Maurino, Alberto L. - Yáñez, Cesar D., *op. cit.*, p. 324).

Sobre la base de estos principios, no advierto que la conducta de la actora y sus letrados sea susceptible de ser encuadrada dentro de tales presupuestos. El hecho de que el reclamo impetrado haya sido considerado como carente de sustento jurídico por el Ministerio Público Fiscal, por el juez de la anterior instancia y por esta Sala no basta para concluir, como lo propone el demandado, que la actora haya actuado -en este y los demás casos iniciados por el mismo asunto- con deliberado conocimiento de esa situación y en abuso de la jurisdicción, pudiendo considerarse que, en cambio, ello se ha



# Poder Judicial de la Nación

debido a un simple error en la interpretación de la normativa pertinente. En cuanto a las supuestas falsedades esgrimidas como sustento de la demanda, ha de apuntarse que bien pudieron deberse a un error en la transcripción del tipo de cambio vigente en la fecha tomada como ejemplo y/o en un error en la especie consultada -tipo de cambio minorista o mayorista-. De todas maneras, incluso cuando esa puntual cotización haya sido errada, lo cierto es que, conforme surge del peritaje contable, se comprobó la veracidad de la alegación de base de la actora -i.e., que el banco demandado usualmente vendía dólares para ahorro a un tipo de cambio mayor al del *Banco de la Nación Argentina*-, sin perjuicio de que, como se ha desarrollado, ello no haya constituido ilícito alguno.

En esas condiciones, cabe desestimar la posibilidad de catalogar como temeraria a la conducta de la actora y/o sus abogados.

## (6.) Costas de Alzada.

En el pronunciamiento apelado, mientras las costas del fondo fueron impuestas a la accionante en su calidad de parte perdidosa, las costas de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la accionada le fueron impuestas a ésta en su condición de vencida, lo que fue resistido por el banco en su recurso. Toda vez que la solución propuesta implica la revocación del pronunciamiento apelado, corresponde revisar la solución dispuesta en la sentencia apelada sobre este aspecto de la cuestión (art. 279 CPCCN). Al respecto, la Fiscal General expidió su dictamen refiriendo a la improcedencia de imponer las costas del pleito -de modo general- a la accionante en virtud de la interpretación que realizó de lo dispuesto en el art. 53 LDC.

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

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

Ha de señalarse que los argumentos expuestos en el dictamen fiscal en apoyo a la procedencia de eximir de costas a la asociación actora no resultan atendibles. Es que en autos la asociación actora ha resultado vencida y, atento los fundamentos por los cuales se ha rechazado la demanda en ambas instancias, no se aprecian razones



# Poder Judicial de la Nación

suficientes para apartarse del principio general de la derrota contemplado en el art. 68 CPCCN.

Además, el beneficio de justicia gratuita contemplado en el art. 53 LDC no importa eximir de las costas a la actora. En efecto, cabe señalar al respecto que los institutos de “*beneficio de justicia gratuita*” -que emplea la ley 26.361- y “*beneficio de litigar sin gastos*” si bien reconocen un fundamento común, revisten características propias que los distinguen entre sí. Desde tal perspectiva, cabe entonces desentrañar el alcance que la LDC otorga al concepto de “*justicia gratuita*”.

Un análisis semántico del tema revela diferencias entre ambos conceptos, mientras que el “*beneficio de litigar sin gastos*” abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales -pago de tasas y sellados- hasta su finalización (eximición de costas), el término “*justicia gratuita*” refiere indudablemente al acceso a la justicia, que no debe ser conculcado por imposiciones económicas. Por lo tanto, una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido, a los avatares del proceso, incluidas las costas (véase Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Consumidores*”, pág. 22), las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario. En ese orden de ideas, los antecedentes parlamentarios vinculados con la cuestión permiten arribar a igual conclusión en punto a que la justicia gratuita no implica un avance sobre las costas de los procesos que regula la LDC. A respecto, señálase que varios proyectos de ley incluían expresamente el beneficio de litigar sin gastos, sin embargo, se optó por la justicia gratuita. Súmase a ello, el alcance de la gratuidad en el derecho laboral que refiere al pago de la tasa de justicia, pero no al de las costas judiciales cuando el trabajador es vencido en el pleito, eximición esta última que queda diferida, en su caso, a la concesión del beneficio de litigar sin gastos, en el caso de corresponder (véase en esta misma línea, Enrique J. Perrioux, “*La Justicia Gratuita en la Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*”, La Ley, 24.09.08).

Sobre este último aspecto, en el orden provincial, la casi totalidad de los ordenamientos que regulan el procedimiento laboral en las distintas provincias distinguen el concepto de justicia gratuita -limitándolo a la exención del pago de todo impuesto o tasa- (vrg. Entre Ríos, Santa Fe, Mendoza, Salta, San Luis, Catamarca, Formosa, Jujuy, Misiones, Tucumán etc.), mientras que la provincia de Buenos Aires conforma una excepción a los regímenes provinciales, pues con la sanción de la ley 12.200 se prescribió que los acreedores laborales y de seguridad social tienen acordado el beneficio de litigar sin gastos, con todos sus alcances.

Síguese de lo hasta aquí expuesto que cabe hacerse eco de la crítica que apunta a que no resultaría equitativo conceder una mayor protección al consumidor que al trabajador, pues ello afectaría el principio de igualdad en el art. 16 de la CN, por lo



# Poder Judicial de la Nación

que otorgar al consumidor la misma protección que al trabajador, limitada a la exención del impuesto de justicia para acceder a la justicia, resulta ya suficiente garantía tuitiva por parte del legislador. Con base en todo ello, debe entenderse que la LDC sólo determina para las acciones del tipo que aquí se debate la eximición del pago de la tasa de justicia (cfr. arg. esta CNCom., esta Sala A., in re: “*Padec c/ Banco Río de la Plata S.A s. beneficio de litigar sin gastos*”, del 04.12.08; ídem in re “*Geddes Enrique c/ General Motors de Argentina SRL s/ Ordinario*” del 31 de marzo de 2009).

Señálase que esta interpretación no se ve controvertida por el fallo de la Corte Suprema dictado el 24/11/15 en los autos “*Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/ Nación Seguros SA s/ordinario*”, pues allí se resolvió no exigir a la entidad defensora de consumidores el depósito previsto por el art. 286 CPCC, con el fundamento de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos. El Alto Tribunal señaló que el legislador pretendió establecer un mecanismo para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica comprometan su acceso a la justicia. De ello se sigue que en dicho fallo, en cuya en cuya línea se encuentra el criterio de esta Sala, se postula evitar que los consumidores vean obstaculizado por motivos económicos su acceso al recurso, razón por la cual no se exige el depósito previsto en el art. 286 CPCC, cuya función es asimilable a la tasa de justicia, sin que se aprecie procedente extender tal exención a la totalidad de los gastos y costas del proceso, como sucede con el instituto del beneficio de litigar sin gastos.

Por ende, no se comparte la postura de la Sra. Fiscal General en cuanto a que el art. 53 LDC permite eximir a la actora del pago de las costas más allá del alcance que, de acuerdo con lo que se resuelva en el llamado a plenario del caso “*Hambo*”, quepa asignar al beneficio de justicia gratuita en el sentido de si abarca o no las costas del proceso.

En ese entendimiento, teniendo en consideración que la excepción de falta de legitimación activa planteada por la demandada ha resultado atinada así como también que, por otra parte, tampoco le asistía razón a la actora en la cuestión de fondo que planteó y toda vez que no existen motivos que justifiquen un apartamiento del principio general de la derrota sentado en el art. 68 CPCCN, corresponde que sea la actora quien cargue con la totalidad de los gastos derivados de la tramitación de este pleito en ambas instancias. Resulta pertinente en este punto señalar que, como lo apuntó el banco en su recurso, si bien su planteo de falta de legitimación activa fue introducido como uno de previo y especial pronunciamiento (ver fs. 157/172), lo cierto es que en fs. 237/9 el sentenciante resolvió diferir su tratamiento hasta el dictado de la sentencia definitiva. En ese marco, asiste razón a la entidad en punto a que, toda vez que esa cuestión fue analizada y resuelta de forma conjunta con las demás defensas presentadas por la entidad demandada, su resolución no amerita una especial imposición de costas,



# Poder Judicial de la Nación

debiendo considerar que los gastos derivados de ese debate se encuentran incluidos en las costas generales del proceso.

Dado que, ante pronunciamientos análogos al presente dictados por esta Sala en las demás causas iniciadas por la accionante contra diversas entidades bancarias sobre la misma cuestión, la asociación ha presentado sendos recursos de revocatoria *in extremis* contra ellos y a fin de evitar el dispendio jurisdiccional que su resolución implica, entiendo pertinente aclarar que la decisión adoptada por esta Alzada con respecto al modo en que han de ser distribuidas las costas así como las respuestas brindadas a los argumentos presentados por la Sra. Fiscal General en su dictamen en modo alguno implican una modificación de cualquier decisión que hubiera sido adoptada en la instancia de grado y se encontrara firme con respecto a la extensión que cupiera darle a la noción de “*beneficio de justicia gratuita*”.

## **V. CONCLUSIÓN.**

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

- (a) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora;
- (b) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia;
- (c) Modificar la sentencia apelada, admitiendo el planteo de falta de legitimación de la accionante, y confirmándola en todo lo demás que fue materia de agravio; y por último,
- (d) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la actora en su condición de parte vencida en el pleito (arts. 279 y 68 CPCCN).

### Así voto.

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

Con lo que terminó este Acuerdo.

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

- (a) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora;
- (b) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia;
- (c) Modificar la sentencia apelada, admitiendo el planteo de falta de legitimación de la accionante, y confirmándola en todo lo demás que fue materia de agravio; y por último,
- (d) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la actora en su condición de parte vencida en el pleito (arts. 279 y 68 CPCCN);
- (e) Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General y devuélvase a primera instancia;



# Poder Judicial de la Nación

(f) Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 131 de Acuerdo Comerciales-Sala A;

(g) A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ.

*María Elsa Uzal*

*Héctor Osvaldo Chomer*

*Alfredo A. Kölliker Frers*

*Valeria C. Pereyra*  
*Prosecretaria de Cámara*

