

## Doctrina

# Los daños punitivos y la responsabilidad civil de entidades bancarias hacia los clientes consumidores

## Visión jurisprudencial



**Aída Kemelmajer de Carlucci (\*)**

Académica titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Exjueza de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza. Doctora *honoris causa* de la Universidad de París XII y Montpellier (Francia). Premio Konex de Brillantes en Humanidades, 2016.

**SUMARIO:** I. Objetivos.— II. Un punto de partida.— III. La normativa.— IV. Temas pendientes de armonizar en torno al art. 52 bis LC, cualquiera sea el deudor.— V. Daños punitivos impuestos a entidades bancarias. Casuismo.— VI. Decisiones que rechazaron la imposición de daños punitivos a entidades bancarias.— VII. Algunas reflexiones conclusivas provisorias del análisis jurisprudencial.

*“Economists win Nobel prize for showing why banks fail” (\*\*)*

### I. Objetivos

Me he referido a los llamados daños punitivos en otras ocasiones (1). En esta, no vuelvo a caminar los senderos recorridos y me detengo solo en la aplicación jurisprudencial del art. 52 bis de la ley de protección de los consumidores (LC), a casos de incumplimiento de obligaciones de las entidades financieras.

El propósito es verificar qué criterios aplican los jueces a las sanciones pecuniarias previstas en el citado artículo cuando el deudor es un banco. En especial:

(a) si la calidad de sujeto profesional del mercado financiero es también valorada a la manera prevista en el art. 1725 CCyC y, consecuentemente, si la mayor diligencia exigible incide en la imposición y en la cuantificación de la sanción pecuniaria (2);

(b) si las cuestiones dudosas en la aplicación de los daños punitivos tienen respuestas armónicas cuando los bancos son deudores.

### II. Un punto de partida

Como es sabido, el Código Civil y Comercial no cerró los ojos a los contratos bancarios y los reguló expresamente.

De esa regulación, interesan algunas disposiciones contenidas en el Capítulo 12 del título IV del libro III, destinadas a los contratos bancarios. Así se dispone:

Art. 1379.- Publicidad. *La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo con la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surge del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código.*

El Código Civil y Comercial reafirma la clasificación de los contratos según se celebren entre empresas o con consumidores y, además de declarar aplicable el título III (arts. 1092/1122), dedica los arts. 1384/1389 a la regulación especial de los contratos bancarios con consumidores

y usuarios respecto de la publicidad, la forma, las obligaciones precontractuales, el contenido y la obligación de información.

Dado que ninguno de los artículos mencionados deroga la LC, no hay dudas que el art. 52 bis de ese ordenamiento se aplica a las relaciones bancarias con consumidores y usuarios.

La afirmación es relevante, porque, en los hechos, en su gran mayoría, los contratos bancarios son contratos de adhesión y/o de consumo; además, reproducen diversas normas reglamentarias impuestas por la autoridad de aplicación (3).

### III. La normativa

Como es sabido, el artículo relativo a las sanciones pecuniarias que el proyecto del Código Civil y Comercial intentó incorporar al régimen común fue suprimido durante el trámite parlamentario.

En consecuencias, las normas implicadas vigentes son las contenidas en la LC.

Artículo 52 bis: Daño Punitivo. *Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales*

*o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

Artículo 8° bis: Trato digno. *Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación*

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Comunicación de la Académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de octubre de 2022.

(\*\*) Bajo ese título, la revista *Nature* publicó la noticia del premio otorgado a los norteamericanos Ben Bernanke, Philip Dybvig and Douglas Diamond. <https://www.nature.com/articles/d41586-022-03235>.

(1) “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXVIII, segunda época, n° 31, 1.993; “Breves reflexiones sobre los mal llamados “daños pu-

nitivos” en la jurisprudencia argentina y en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en *Estudios de Derecho Empresario*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de la Empresa, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2013, Vol. 1, p. 82/89; y en DE CORES, GAMARRA y VENTURINI (coords.), “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Incumplimiento del contrato”, La Ley Uruguay, Montevideo 2013, t. III, 315/328; “Breves reflexiones sobre los mal llamados “Daños punitivos” en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el Código Civil y Comercial de 2014”, en *Jus Civile*, Rivista a cura di Alessi, Camardi, Conforti, Trimarchi, Giappichelli, Torino, (www.juscivile.it), N° 12, 2014, ps. 423/440;

“Los llamados “daños punitivos” en el derecho del seguro, en la jurisprudencia argentina”, en JARAMILLO, Carlos (dir.), *Liber Amicorum en Homenaje a Rubén Stiglitz*, IJ Editores; “Los llamados daños punitivos y el sistema de reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ROUSSET, Andrés y otra (coords.), *Proteger y reparar: aportes de la jurisdicción americana. Homenaje a Sergio García Ramírez*, México, ed., Universidad Autónoma de la Baja California, 2021, p. 13/33.

(2) Desde hace muchos años, a los efectos de la responsabilidad civil, los jueces argentinos califican a la entidad bancaria como un profesional. En este sentido, por ej., se afirma: “El contrato actual ha pasado a ser

una institución social que no afecta solamente los intereses de los contratantes, y si al cliente se le exige que desarrolle una ordinaria diligencia en su derecho de informarse sobre el contenido del contrato y en el cumplimiento de la prestación debida, como contrapartida, las obligaciones del oferente de bienes y servicios bancarios deben juzgarse con base en el standard ético del buen profesional, que traduce el deber de obrar de buena fe” (CNCom., sala A, 19/05/2003, JA 2004-II-173, Cita: TR LALEY 20041619).

(3) BARREIRA DELFINO, Eduardo, “La regulación bancaria: a propósito de la responsabilidad de las entidades financieras”, *Rev. Derecho Administrativo*, set-oct. 2022, n° 143, p. 97.

### Nota a fallo

#### Impuesto a la ganancia mínima presunta

Fideicomiso de construcción al costo. Ausencia de capaci-

dad contributiva. Informe contable. Prueba pericial.

CNFed. *Contencioso administrativo*, sala IV, 20/09/2022. - *Fideicomiso Gales III (TF 48600-I) c. Dirección General Impositivo s/ Recurso directo de organismo externo.*

[Principios constitucionales como límite al poder de imposición del Estado](#)

Luis M. Salas

9

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

#### IV. Temas pendientes de armonizar en torno al art. 52 bis LC, cualquiera sea el deudor

La incorporación de los llamados *daños punitivos* al estatuto de los consumidores se produjo hace más de una década. Sin embargo, algunos temas siguen en discusión, cualquiera sea el deudor, y dado que los debates no giran en torno a las particularidades que pueden presentarse, si el deudor es una entidad financiera, me limito a enumerarlos; así, por ej., los jueces manifiestan discrepancias respecto a:

##### IV.1. La naturaleza jurídica de la figura

Las divergencias en torno a la naturaleza de la figura se visualizan, incluso, al interno de los tribunales de apelación; así, por ej., en la sala F de la Cámara Nacional de Comercio (4), para el juez Barreiro, tienen naturaleza punitiva, preventiva y reparadora; para la vocal Alejandra Tevez, es sancionadora, y para Ernesto Lucchelli, es sancionadora y preventiva: señalo que, más allá de las diferencias teóricas, en la mayoría de los casos los tres magistrados coinciden en la solución del conflicto planteado.

##### IV.2. El sujeto beneficiario de la pena

**La norma menciona exclusivamente al consumidor o usuario. En efecto, el art. 8º dice “el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”.**

Para sostener la inconstitucionalidad del artículo, el prestigioso magistrado Sebastián Picasso viene apoyándose, desde hace varios años, entre otras razones, en la violación al derecho de propiedad y a los principios de legalidad, en tanto esta multa tiene por destinatario al damnificado, quien ya ha sido compensado tanto del daño patrimonial como extrapatrimonial (5). A su lado, el recordado Eduardo Zannoni sostuvo que la inconstitucionalidad argumentada por Picasso podría salvarse si el monto no tuviese por destino el bolsillo del damnificado, sino otro objetivo (v.g., prevención de daños de igual entidad en el futuro, educación, fomento de actividades de interés público, etc.). En una línea semejante, dentro de otro tribunal, las aguas se dividen a la hora de juzgar esa conformidad según el monto de la condena (6); así, en un caso muy difundido, el juez Mossá

propició una suma muy importante para esa época, pero el presupuesto del razonamiento era que la “multa civil” no debe dirigirse al interés privado, como el patrimonio del consumidor —o de la víctima—, sino uno de “bien, utilidad o interés público, en cuyo caso no podrá invocarse un enriquecimiento sin causa, pues su finalidad es restaurar el orden jurídico mediante la consiguiente sanción, elemento coactivo propio de toda norma de derecho”. El voto que hizo mayoría (juezas Amenábar y Leone Cervera) entendió que la norma, tal cual está escrita, es constitucional, pero redujo a la mitad la suma indicada, por considerar excesiva la fijada por el preopinante si el beneficiado es el consumidor.

##### IV.3. El factor de atribución

Algunas decisiones judiciales parecen no requerir la evidencia de un factor de atribución subjetivo calificado; como explico más adelante, en esta posición se alinea la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Sin embargo, no es la tendencia que predomina en la jurisprudencia de jurisdicciones diferentes a la bonaerense; en general, los jueces del resto del país no se aferran a una lectura literal de la norma (“proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales” con el consumidor), sino que atienden a una interpretación sistémica y finalista, aunque en algún caso, por in advertencia de los abogados, razones procesales impusieron al tribunal de alzada dejar firmes penas impuestas sobre la base del mero incumplimiento. Así se ha decidido que “La multa que debe abonar un banco por no tomar la baja de una tarjeta de crédito en la sucursal, obligar al cliente a hacerlo por teléfono y cobrar cargos no convenidos debe confirmarse pues, si bien no se encuentran reunidos los extremos necesarios para la procedencia del instituto, por aplicación del principio procesal de *reformatio in peius*, el tribunal se ve impedido de empeorar la situación de quien recurre una resolución judicial cuando su oponente no dedujo recurso” (7).

##### IV.4. Fórmulas matemáticas o discrecional atribución judicial

Al igual que en otros ámbitos (determinación del daño extrapatrimonial, de las compensaciones económicas en las relaciones familiares, etc.) el debate en torno a la aplicación o no de fórmulas matemáticas a los daños punitivos no está cerrado (8).

**En la práctica, los diferentes criterios conducen a soluciones muy diversas. De cualquier modo, hay que tener especialmente en cuenta que, dada la terrorífica inestabilidad del signo monetario en nuestro país, resulta imposible hacer estudios comparativos serios, razón por la cual, en general, no indico el monto de condena, excepto que sea excepcionalmente alto o bajo.**

#### V. Daños punitivos impuestos a entidades bancarias. Casuismo

Los párrafos anteriores abren el camino para el análisis jurisprudencial propuesto.

##### V.1. Inclusión errónea como deudor moroso en bases de datos

Los primeros casos de multas impuestas a los bancos estuvieron vinculados a la inclusión errónea del cliente como deudor moroso (9). Las condenas encontraron justificación en que la entidad financiera:

- Incumplió la obligación de enviar los resúmenes de cuenta, incrementando mensualmente el saldo deudor con la inclusión de comisiones, gastos, etc., e informó a las distintas bases de datos crediticias la situación de morosidad del actor; además, al requerírsele por vía postal la causa generadora de tal circunstancia, no cumplió con la información real, veraz y completa exigida (10).

- Incluyó erróneamente a la actora como deudora morosa informando al BCRA, cuando no se encontraba en mora, y dejó pasar más de ocho meses para corregir el error.

El tribunal subrayó que dado el grado de especialización y la incidencia que las entidades bancarias tienen en la sociedad moderna, cabe exigir una actuación especialmente cautelosa para no generar daños por los servicios que presta (11).

- Notificó erróneamente a Veraz que el demandante se encontraba en situación “5” por un crédito personal, sin tomar mayores recaudos a pesar del tipo de relación que dio nacimiento a la vinculación (cesión de una cartera de créditos de otra entidad bancaria y una cooperativa, que siguió realizando los descuentos en los haberes del actor —saldándose el crédito en cuestión— que no fueron informados ni remitidos al banco); frente a los reiterados reclamos, no verificó la documental ni requirió al banco cedente mayores datos para evitar la continuación del daño, ni indagó sobre las causas de la falta de pago del crédito (12).

- Informó a la clienta como deudora del sistema financiero, a pesar de tener conocimiento de los numerosos e infructuosos reclamos realizados por distintos medios para solucionar la controversia (13).

- Comunicó erróneamente al Banco Central que el cliente era moroso y no aportó prueba alguna que justificasen su accionar (14).

- Calificó erróneamente como *deudor irrecuperable* a un particular y persistió en esa conducta, aunque se le había ordenado la rectificación de la información. En este caso el tribunal rechazó la inconstitucionalidad.

alidad peticionada entendiendo que “la regulación específica resulta acorde a lo dispuesto por la Constitución nacional” (15).

- Atribuyó a la actora una deuda ilegítima que devino en su calificación como “deudora irrecuperable” en la central de deudores del BCRA; además, omitió dar respuestas eficientes y oportunas a los múltiples reclamos (16).

- Colocó a la actora en una vergonzante situación de deudora, siendo que ella nunca solicitó préstamo alguno de la financiera demandada; el problema se agravó porque, detectado el error y notificada la demandada por carta documento, nada hizo para rectificar la información suministrada. Si bien la *Organización Veraz S.A.* firmó un convenio con la actora para eliminar la información en cuestión por dos años, lo que le permitió obtener el crédito que necesitaba para una empresa educativa, posteriormente volvió a figurar como deudora del fideicomiso a quien la demandada había transferido su cartera de deudores. La desidia adquiere mayor gravedad a la luz de su conducta en el expediente, en tanto se limitó a negar los hechos expuestos por la actora sin dar su versión ni producir contraprueba, centrando su defensa en plantear caducidades y nulidades en lugar de realizar lo necesario para evitar mayores daños a la actora, quien continuaba figurando como deudora “irrecuperable” (17).

- No dio adecuada respuesta a los reclamos legítimamente efectuados durante varios meses por el cliente, lo que denota una actuación de grave indiferencia a los intereses de este último. Para la determinación del monto, el tribunal tuvo en consideración el perjuicio resultante, consistente en encontrarse incorrectamente en el Veraz por un plazo superior a dos años, la necesidad de afrontar numerosos reclamos y la posición en el mercado de la entidad bancaria infractora, que “aumenta numéricamente los potenciales perjuicios sociales, dado el volumen de clientes que maneja” (18).

##### V.2. Conductas gravemente negligentes en la identificación del cliente

Según diversos tribunales, la imposición de la multa está justificada si la entidad bancaria:

- Emitió una certificación a nombre de otra persona y otro CBU, impidiéndole al cliente percibir las asignaciones familiares correspondientes a su sueldo (19).

- Omitió verificar en forma eficiente la identidad del solicitante, su domicilio real, y no realizó cuidados básicos de verificación de la documentación aportada que le hubieran permitido advertir fácilmente la discrepancia entre el apellido de la actora y el que emanaba del documento presentado (*Ceregnetti*, en lugar de *Cereghetti*); tampo-

(4) CNCom., Sala F, 26/05/2022; Rubinzal Online; TR LALEY AR/JUR/66503/2022; ídem., 19/10/2021, TR LALEY AR/JUR/162263/2021.

(5) CNCiv., Sala A, 17/10/2017, LA LEY, 2017-F, 439, RCyS2018-II, 92; TR LALEY AR/JUR/78248/2017.

(6) CCiv. y Com. Tucumán, 27/07/2017, LA LEY, 2017-E, 125, con nota de BARREIRO, Rafael F., “La constitucionalidad del destino de la multa civil de la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2017-E, 163, con nota de QUAGLIA, Marcelo C. y RASCHE-TTI, Franco, “El destino de los daños punitivos. El pronunciamiento en el caso Esteban y sus implicancias”, LA LEY, 2017-E, 367, con nota de BRUN, Carlos, “Sobre los daños punitivos: a propósito del destino de la multa” RDCO 286, 1377; TR LALEY AR/DOC/4030/2017. ver también comentario de NALLAR, Florencia, “Destino de los daños punitivos y enriquecimiento sin causa: ¿Inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24.240?”, RC D 1603/2017.

(7) CNCom., sala B, “Barbiero, Paola Noemi c. Banco Hipotecario S.A. s/ ordinario”, TR LALEY AR/JUR/100321/2017

(8) Para la enumeración de ventajas y desventajas, ver ARIAS CÁU, Esteban J. - NASIF, Sofía, “La cuantificación del daño punitivo mediante fórmulas como herramienta técnica para incrementar su aplicación”, 23/09/2019, Microjuris.

(9) La inclusión errónea en bases de deudores morosos es un problema significativo en muchos países. Así, bajo el título “Empresas pagan miles de euros en indemnizaciones por inclusiones indebidas de consumidores en ficheros de morosos”, un diario informa que “Actualmente hay en España más de 4 millones de personas incluidas en ficheros de morosos, muchas de las cuales no lo saben”. (<https://confitegal.com/20221019-empresas-pagan-miles-de-euros-en-indemnizaciones-por-inclusiones-indebidas-de-consumidores-en-ficheros-de-morosos/>).

(10) CCiv. y Com. San Francisco, 10/10/2017, TR LALEY AR/JUR/53718/2017.

(11) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, Mar del Plata, 10/07/2018; TR LALEY AR/JUR/33481/2018.

(12) CCiv. y Com. Jujuy, sala II, 29/11/2019; “Lamas, Elbio José vs. Industrial And Comercial Bank of China Argentina SA s. Defensa del consumidor”.

(13) CNCom., Sala B, 10/2/2021, TR LALEY AR/JUR/70522/2021.

(14) C1aCiv. y Com., Bahía Blanca, sala I, “P., D. A. c. Banco Supervielle S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, 20/04/2017, TR LALEY AR/JUR/9748/2017. La sentencia contiene las distintas posiciones que los magistrados del tribunal tienen en cuanto a la determinación del monto y los destinatarios de estas penas. Peralta Mariscal a favor de las fórmulas matemáticas; el criterio mayoritario de Ribichini y Neildendam por la discrecionalidad judicial.

(15) CS Tucumán, 22/4/2013, Doc. Jud. Año XXIX, nº

31, 31/7/2013. La Corte confirma la decisión de la CCiv. y Com. Común, Tucumán, sala II, 28/2/2012, publicada en LLNOA 2012-433. Para el debate sobre la constitucionalización de los daños punitivos, ver MARTÍNEZ ALLES, María G. - NAZARENO, Patricio, “Desafíos constitucionales de los daños punitivos: los problemas del non bis in idem”, en Rivera, J.C. (h) y otros (dirs.) *Tratado de los Derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 440.

(16) CNCom., sala D, 15/04/2021, TR LALEY AR/JUR/11115/2021.

(17) CNCiv., sala M, 28/2/2018, TR LALEY AR/JUR/8298/2018.

(18) CNCom., Sala F, 07/06/2022, ED t. 299, 362TR LALEY AR/JUR/71512/2022.

(19) C1a Civ. y Com. San Nicolás, 24/5/2012, RCyS, año XIV, nº9 sept. 2012, p. 75.

co invocó ninguna causa que pudiera excusar su conducta falta de diligencia (20).

### V.3. Operaciones vinculadas a tarjetas de crédito

La entidad bancaria debe pagar la multa, porque:

- Realizó débitos indebidos, habiéndose probado que no solo incumplió con las obligaciones a su cargo, sino que agravó la situación por el desdén frente al derecho invocado, dado que, frente al reclamo, respondió con su silencio e incomparecencia al proceso (21).

- Canceló intempestivamente la tarjeta de crédito y no dio explicaciones acerca de por qué, no obstante que el titular superó la situación de mora; lo mantuvo informáticamente en ella varios días, con la información desactualizada (22).

- Brindó asesoramiento deficiente a un cliente respecto al uso de su tarjeta de crédito en el exterior y, posteriormente, no solo no reconoció el error, sino que opuso trabas burocráticas a la pretensión del cliente de retirar el dinero inútilmente depositado (23).

- Desatendió los reclamos efectuados, a fin de que se advirtiese la existencia de una duplicidad de la tarjeta, dado que las extracciones bancarias realizadas en el extranjero —Gran Bretaña— fueron efectuadas cuando el actor se encontraba en la Argentina. Esa desatención configuró un injustificado desprecio por la situación del reclamante.

El tribunal tuvo especialmente en consideración que:

— Conductas de ese tenor no pueden tolerarse; la actividad lucrativa amparada por el texto constitucional debe ejercerse en los límites estrictos que impone la dignidad que reclama la posición del consumidor.

— La aplicación de la multa civil redundante, además, en beneficio de todos los clientes, pues tiende a evitar que otros padezcan similares inconvenientes. La base del servicio provisto abarca la confianza de quienes lo emplean en sus viajes y debe resguardarse el marco de seguridad y confianza que genera su estipulación.

— La manifiesta ausencia de soluciones rápidas y eficaces dilatando injustificadamente la respuesta del proveedor no puede hallar recepción favorable en el ámbito jurisdiccional (24).

- Con despreocupación y desidia hacia los derechos de la clienta, la colocó en un derrotero de reclamos; no le proveyó in-

formación detallada, precisa y completa, sino que lisa y llanamente rechazó el desconocimiento de las compras acusándola de haber portado la tarjeta de crédito a la fecha en la que se efectuaron, todo lo cual implica un trato indigno (25).

- Con grave indiferencia hacia los derechos del cliente, juntamente con la administradora del sistema de la tarjeta, se desentendieron del reclamo, destruyendo la confianza que había depositado en ellas, debiendo iniciar actuaciones judiciales para que le fuese reintegrado lo que le correspondía y para ser resarcida en los daños causados; en efecto, ni siquiera verificaron si procedía la impugnación efectuada por la actora y, consecuentemente, el Banco debitó el saldo de su caja de ahorro, para cancelar parcialmente el resumen cuestionado de su tarjeta de crédito, trasladando la deuda restante a la cuenta corriente, luego cerrada por no haber sido atendida (26).

- Se negó injustificadamente a abonar el seguro de desempleo contratado por el cliente titular de la tarjeta de crédito; lo incluyó en la central de deudores del sistema financiero del BCRA; desatendió las numerosas gestiones realizadas con el objeto de cancelar su saldo deudor, siendo entonces manifiesta su negligencia e inoperatividad (27).

- A partir de la solicitud de una tarjeta, que el cliente nunca recibió, abrió una cuenta corriente, en la que debitó automáticamente gastos administrativos; ante la queja del consumidor, le decía que estaba todo solucionado, pero, al mismo tiempo, lo intimaba al pago inmediato por haberse transferido la deuda a gestión; además, aunque ante el organismo administrativo ofreció condonar la deuda, el cliente continuó recibiendo reclamos por la pretensa deuda; concomitantemente, no modificaba los informes cursados al BCRA y demás organismos de información crediticia, registrándose a la consumidora como “deudora morosa de alto riesgo”.

El tribunal calificó la conducta del banco de desaprensiva, con connotaciones *desfachatadas* y total desprecio a los derechos de la contraparte (se liquidó en \$1.000.000 después de una serie de cálculos matemáticos) (28). La sentencia fue confirmada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (29), tribunal que se pronunció sobre dos de las cuestiones controversiales antes señaladas:

— El factor de atribución: El art. 52 bis es claro en cuanto exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; o sea, se alinea con quienes sostienen que la disposición *no requiere* un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de

particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos.

— El uso de fórmulas matemáticas: “Para la determinación de la indemnización es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial como son aquellas contenidas en las tablas de amortizaciones vencidas a interés compuesto y de uso habitual en los tribunales de Trabajo. Ello ofrece, como ventajas, algún criterio rector más o menos confiable, cierto piso de marcha al formular o contestar reclamos, o el aventamiento de la inequidad, la inseguridad o la incerteza. Pero esas ventajas no deben llevarnos a olvidar que tales fórmulas juegan, por un lado, como un elemento más a considerar —cuando de mensurar un daño y su reparación se trata— junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación. Y, por otro lado, que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos”.

- Extendió una tarjeta de crédito no solicitada, en la que cargó automáticamente gastos administrativos y notificó a una empresa de deudores morosos, que ubicó a la persona perjudicada en la base de datos (30).

- Ofreció al consumidor una tarjeta de crédito con bonificación total de los gastos de emisión, mantenimiento y renovación y, posteriormente, cobró e incluyó cargos en los resúmenes, en tanto al formular la oferta de contratación, omitió deliberada y abusivamente señalar una circunstancia relevante, esta es, la posibilidad de inclusión del cargo por mantenimiento o por renovación anual, pues ello indujo a error, confusión y engaño al consumidor al celebrar el contrato (31).

El tribunal aclaró que aun cuando la modificación del cambio de las condiciones del contrato de tarjeta de crédito hubiese sido efectivamente notificada y el accionante consentido esa modificación, tal circunstancia no obsta a su control judicial, pues ello no permite por sí descartar el carácter abusivo de la cláusula respectiva, conforme manda el art. 1122 del CCyC; en efecto, conforme el orden público contractual que impera en la materia de consumo, las cláusulas abusivas no pueden ser objeto de una renuncia anticipada ni cabe considerarlas subsanadas por una suerte de consentimiento tácito del consumidor y, es más, deben ser tenidas por no convalidadas, lo que trae como consecuencia que ni siquiera la anuencia expresa pueda validarlas.

- Imputó a la consumidora una deuda falsa e informó a Veraz. En este caso, el tri-

bunal liquidó la pena en 20 salarios mínimos (32).

- Pretendió responsabilizar al actor por consumos oportuna y formalmente impugnados, esgrimiendo que la tarjeta de crédito (que tenía una extensión a favor de la hija) se encontraba bajo la responsabilidad y custodia.

La imposición de la pena se fundó en que:

— La afirmación del Banco evidencia un detrato hacia el actor, pues implica atribuirle falsamente una conducta deshonestante tendiente a defraudar a la demandada mediante la impugnación de los consumos, siendo que de las constancias de autos surge debidamente acreditada la sustracción de la tarjeta y que los consumos no fueron realizados por la hija.

— Pese a los reclamos efectuados, la empresa emisora de la tarjeta de crédito persistió en su actitud renuente de detrato, no solucionó en tiempo y forma los inconvenientes ocasionados al consumidor, quien se vio obligado a acudir a sede judicial para enmendar su situación (33).

- Incumplió la obligación de informar de modo adecuado sobre la solicitud de la tarjeta de crédito y su conexión contractual con la apertura de la cuenta corriente, con las consecuencias que de ello se derivan.

El tribunal tuvo especialmente en cuenta:

— la índole profesional de la entidad proveedora de los productos y servicios bancarios (art. 1725, Cód. Civ. y Com.);

— la omisión de las diligencias necesarias para conocer la real situación de su clienta, esto es, si la solicitud de la actora había sido aceptada y si el instrumento (la tarjeta de crédito) había sido entregado;

— en ningún momento reconoció el error cometido al informar a Veraz una deuda inexistente;

— incumplió el acuerdo al que llegó en la primera audiencia y obligó al consumidor a tener que continuar con los reclamos ante los nuevos llamados de “aviso de deuda” (34).

- Canceló unilateralmente la tarjeta de crédito con base en una deuda inexistente que procedió a informar al Banco Central de la República y a la empresa de información crediticia.

Se marcó, entre otras conductas desaprensivas:

— desoír los reclamos extrajudiciales;

(20) CNCom., Sala F, 26/05/2022, TR LALEY AR/JUR/66503/2022.

(21) CCiv., Com. y Min., General Roca, “Ríos, Juan Carlos c. Lemano S.R.L. Altas Cumbres”, 26/03/2010, RCyS 2010-XII, 225; TR LALEY AR/JUR/49583/2010.

(22) CNCom., Sala D, 4/2/2013, JA 2013-I-901 y JA 2013-II-833.

(23) CCiv. y Com. Azul, sala I, 22/12/2014, LA LEY, 2015-C, 447, y en RCyS, año XVII, N° 8, ago. 2015, p. 34, en ambas con nota de BERGER, Sabrina, “La cuantificación del daño punitivo”, TR LALEY AR/JUR/66386/2014. El tribunal de apelación elevó el monto de \$ 5000, fijado en primera instancia, a \$ 60.000.

(24) CNCom., Sala F, 29/08/2017, TR LALEY AR/JUR/63720/2017.

(25) JCiv. y Com. Córdoba N°43, 09/02/2022, TR LALEY AR/JUR/14542/20227.

(26) CNCom., Sala D, 30/08/2022, TR LALEY AR/JUR/115700/2022.

(27) CNCom., Sala F, 10/5/2012, DJ, Año XXIX, n° 8, 21/2/2013, p. 13, con nota de CHAMATROPULOS, De-

metrio A., “La Cámara Nacional Comercial aplica por primera vez los daños punitivos”, LA LEY, 2012-D, 613, con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Daños punitivos por trato inequitativo”, Rev. *Derecho comercial del consumidor y de la empresa*, año III, n° 3, junio 2012, p. 135, con nota aprobatoria de GONZÁLEZ ZAVALLA, Rodolfo, “Daño punitivo por hostigar al consumidor”, LA LEY, 2012-F, 80, con nota de NAVAS, Sebastián, “¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?”, RCyS, año XIV n°10, oct. 2012, p. 98, con nota de LUCHINSKY, Matías, “Los daños punitivos: una herramienta eficaz frente a ciertas problemáticas consumeristas”.

(28) CIaCiv. y Com., Bahía Blanca, ala II, 28/8/2014, (Voto del Dr. Peralta Mariscal), con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Un precedente rayano con la perfección en materia de daños punitivos”, RCyS 2014-XI, 33, con nota de ZENTNER, Diego H., “El daño punitivo entendido como una verdadera sanción disuasiva”, DJ 11/03/2015, 7, con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “La mejor lección jurisprudencial sobre da-

ños punitivos”, LA LEY, 2014-E, 494, con notas de SARAVIA FRÍAS, “Determinación del monto de los daños punitivos”, LA LEY, 2014-E, 494 y de IRIGOYEN TESTA, Matías, “Aplicación jurisprudencial de la fórmula para daños punitivos”, JA 2014-IV-197, TR LALEY AR/JUR/44655/2014, con nota de QUAGLIA, Marcelo C., “Un novedoso fallo en materia de consumo”, JA 2014-IV-204.

(29) SC Buenos Aires, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico”, 17/10/2018, LA LEY, 2019-A, 271, con nota de MENDIETA, Ezequiel N., “¿Cuánto por daños punitivos?, A propósito de la fórmula “Irigoyen Testa””, RCyS 2019-4, 97, TR LALEY AR/JUR/59568/2018.

(30) CApel. Comodoro Rivadavia, sala B, 28/4/2017, LALEY AR/JUR/27496/2017.

(31) CCiv. y Com. 1a Nom., Córdoba, 19/02/2019, “Estevez, Luciano Miguel C/ Banco Itaú Argentina S.A. - Abreviado”.

(32) CCiv., Com. y Min. 2ª Circ. Río Negro, “Castro, Adriana Daniela c/ Compañía Financiera Argenti-

na S.A. y otra s/ cobro de pesos» (Ordinario), Expte. A-2RO-734-C3-15, citado por DÍAZ CISNEROS, Adriano P., “Daño punitivo: ¿Cuándo hay enriquecimiento sin causa y cuándo no?”, *Microjuris*.

(33) CCiv. y Com. 6a Nom., Córdoba, 01/12/2020; TR LALEY AR/JUR/81299/2020.

(34) SC Buenos Aires, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico”, 17/10/2018, LA LEY, 2019-A, 271, con nota de MENDIETA, Ezequiel N., “¿Cuánto por daños punitivos?, A propósito de la fórmula “Irigoyen Testa””, RCyS, 2019-4, 97, TR LALEY AR/JUR/59568/2018; JA 2019-I-254, con nota de BELTRAMO, Andrés y otra, “Falsacionismo, deber de resolver mediante una decisión fundada y cuantificación de daños punitivos”. Ver también comentario de RODRÍGUEZ, María J., “Reflexiones sobre el destino de los daños punitivos y el principio de subsidiariedad. A propósito de la sentencia de la SCBA Castelli, María Cecilia c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/Nulidad de Acto Jurídico”.

— retractarse solo con la promoción de la demanda judicial;

— ensayar una hipótesis defensiva con valoraciones e imputaciones al consumidor absolutamente improcedentes, ocultando información relevante (35).

- Demoró injustificadamente la baja de un contrato de seguro peticionada por el consumidor, quien debió transitar distintas instancias en sede administrativa y judicial para obtener su derecho; actuó deslealmente valiéndose de su posición para disponer a su arbitrio el momento a partir del cual el consumidor dejaría de pagar un servicio al que había renunciado (36).

- Continuó realizando débitos automáticos en la cuenta del actor, a pesar de los reiterados pedidos, pues el hecho de que hubiera abonado los consumos, en orden a evitar caer en mora, no justifica el accionar del banco; tampoco el hecho de que se tratara de débitos a los que hubiera adherido su cónyuge, en tanto no se está analizando la adhesión, sino el pedido de baja (37).

- Se negó a dar de baja de la tarjeta de crédito pese a haber recibido el requerimiento claro y fehaciente; hostigó a la parte consumidora siendo contactada por una empresa de cobranzas en 42 oportunidades (curando hasta cuatro llamados en un mismo día) y ser requerida a través de distintos mails (incluso a su correo laboral). Teniendo en consideración el carácter de proveedor especialista en la administración del servicio de tarjeta de crédito, no brindó una mínima justificación que dé cuenta de las razones de su conducta, amparándose en la existencia de un saldo pendiente de cancelación siendo que fue su omisión en dar de baja la tarjeta lo que coadyuvó a la generación de deuda. Por otro lado, la actitud desaprensiva de la empresa obligó al derrotero de reclamos evidenciado en los audios incorporados en la causa (38).

- No dio una explicación plausible, adecuada y consistente con los reclamos del actor fundados, nada más y nada menos, que en una inexistencia de autoría basada en una imposibilidad situacional. Se apoyó indolentemente en un vacío tecnicismo —acceso correcto al cajero e inexistencia de inconvenientes operativos para los movimientos— completamente ajeno a las circunstancias fácticas invocadas por el consumidor, despreciándolas. El tribunal tuvo especialmente en cuenta que:

— se probó fehacientemente que el actor estaba en territorio nacional cuando en el extranjero se realizaron los retiros dinerarios; que la maniobra se perpetró con utilización de una tarjeta falsificada cuya fabricación no requiere necesariamente tener la posesión de la tarjeta a falsificar, sino que lo que se necesita es la información sobre los datos de identidad del titular y los de la tarjeta; por lo tanto, la falta de diligencia del titular de la tarjeta en la conservación o custodia no se infiere en forma ineludible de la existencia de una falsificación.

— el actor no invocó desposesión alguna del “plástico” ni se ha probado que, como

condición previa a su reemplazo, el Banco le hubiera exigido su devolución después de haberse inhabilitado su uso como consecuencia de la denuncia de las extracciones dinerarias no reconocidas.

— no hay prueba —siquiera indiciaria— de la connivencia del actor con un tercero orientada a hacer extracciones por cajero automático, mediante la facilitación de la tarjeta implicada o su PIN.

— el empleo de cajeros automáticos que permiten al cliente interactuar con sistemas electrónicos genera riesgos específicos que debe asumir, como regla, quien los implementa y se beneficia con tales modalidades de operatoria bancaria.

— El Banco no ha producido prueba idónea según los avances tecnológicos que demuestran la aptitud, idoneidad y uniformidad de ajuste con las normas de seguridad y el control de calidad que debe observar cualquier empresa que lanza al mercado un producto susceptible de ser duplicado, reproducido o falsificado, ya que su conducta debe apreciarse conforme al estándar de responsabilidad agravada exigible al profesional titular de un emprendimiento con alto nivel de especialización (39).

- Resolvió favorablemente el reclamo por un consumo anulado en los tiempos que el ordenamiento indica (esto hace que el consumidor del servicio deponga su defensa; v.gr.: desechando documentos respaldatorios), pero siete meses después, fuera de toda consideración razonable de tempestividad en un sistema que autoriza y desautoriza operaciones en segundos, incluyó el cargo viniéndose contra sus propios actos, sin dar explicaciones en los plazos legalmente previstos (40).

#### V.4. Otorgamiento abusivo de créditos a personas en situación de vulnerabilidad

Se impuso una multa al banco porque:

- Otorgó un crédito personal a una persona en estado de necesidad y situación de vulnerabilidad (mujer con discapacidad, de 76 años, que sobrevivía con una pensión no contributiva mínima) y, ante la dificultad de pago, le dio otro crédito y, al reiterarse la situación, le suministró un tercer crédito cuyo costo financiero total (CFT) superó el 80 % de sus ingresos (100.000) (41).

#### V.5. Incumplimiento de la obligación de informar

El banco se hizo merecedor a una multa, porque:

- Fue indiferente a los sucesivos reclamos de la actora (débitos realizados en su caja de ahorro bajo el concepto de servicios de seguro no contratados), obligándola a acudir a la vía judicial para satisfacer su interés (42).

La jueza señala la sorpresa de la actora en la audiencia realizada al mencionarle que uno de los seguros cobrados tenía por objeto la protección integral de mascotas, siendo que la clienta no tenía animal algu-

no en su casa. En este contexto, dice, surge una pregunta obligada: ¿quién contrata un seguro de protección de mascotas sin tenerlas? y también emerge una respuesta clara y simple: alguien que carece de la información necesaria sobre el contrato que está celebrando; siendo que la obligación de proveer información recae sin dudas ni discusión sobre la parte proveedora, se concluye que no existió por parte de la consumidora voluntad de contratación alguna.

#### V.6. Descuentos automáticos por otros servicios no contratados

La imposición de la multa a la entidad bancaria y a la aseguradora se justifica, porque:

- El cliente tuvo que realizar cuantiosos reclamos a fin de obtener la devolución parcial de las sumas que le fueron debitadas injustamente de su cuenta por contratos de seguro inexistentes.

**El tribunal argumentó: “La exigencia esperable de un profesional especialista en la provisión de servicios financieros es la de custodiar las sumas que le son depositadas por los clientes y, además, brindar una respuesta expeditiva y adecuada frente a los reclamos de los clientes, a la vez que no puede una empresa arrogarse la facultad de disponer el débito de primas por seguros no contratados (43).**

- Aseguró al marido de la actora de manera compulsiva, sin la conformidad de ella (titular de un seguro de vida colectivo), a quien le descontaron por casi 40 años las primas tal como surge del peritaje contable, sin haber dado siquiera la más mínima información relacionada con la existencia de la póliza y sus condiciones; como si fuera poco, habiendo tenido conocimiento del deceso del asegurado, siguieron debitando de sus haberes jubilatorios, pagos que la aseguradora no acreditó haber devuelto, limitándose a oponer la prescripción una vez denunciado el siniestro, mientras continuaba con el cobro de la póliza en cuestión (44).

#### V.7. Incumplimientos que implican indicios graves que iguales conductas han sufrido otros consumidores

La multa al banco encuentra respaldo normativo y fáctico desde que:

- Incumplió gravemente, no por su magnitud cuantitativa, sino por su reiteración, su prolongación temporal y el destrato que implicó por la pluralidad de hechos, la infructuosa promoción de reclamos por parte del cliente, la falta de información, el trato indigno al que aquel fue sometido y el peregrinaje judicial que tuvo por delante.

Todos estos sucesos, en su conjunto, magnifican el impacto dañoso sufrido por el sujeto vulnerable y “permiten inferir, con relativa certidumbre, que hechos de ese estilo deben haberse replicado, generando para otros clientes de la misma entidad similar nocividad y, como contrapartida, cuantiosos e injustificados beneficios eco-

nómicos para la proveedora del servicio bancario” (45).

#### V.8. Cobro improcedente de cargos, comisiones e intereses

Cobrar cargos, comisiones e intereses improcedentes justifican la imposición de daños punitivos si:

- Frente a las intimaciones extrajudiciales y posteriormente al contestar la demanda, juntamente con la administradora de la tarjeta de crédito, negó tener responsabilidad alguna, a pesar de que poco tiempo después ambas aceptaron el reclamo y procedieron a la eliminación del cargo cuestionado, demorando injustificadamente la solución del conflicto; en ningún momento demostraron los motivos que justificaban mantener el cargo impugnado, obligando a la actora a promover la demanda, todo gracias a la posición de evidente superioridad técnica y profesional que tienen, lo que demuestra el desinterés evidenciado por el respeto de los derechos del consumidor y, sobre todo, los perjuicios que su incorrecto accionar causaron (principalmente, estar incorrectamente incluida como deudora morosa en las bases de datos financieros) (46).

- Pese a su indudable profesionalidad en la materia y presumible conocimiento de las normas que la regulan, el Banco continuó con la percepción del cargo por “consulta de extracto por cajero electrónico”, aun cuando la Ley de Defensa del Consumidor y el Banco Central de la República Argentina determinaron su prohibición. Mediante tal injustificado proceder procuró obtener una ganancia ilícita a costa de sus propios clientes (47).

- Si bien de la interpretación conjunta de la cláusula tercera del “Anexo legal cuenta única” y la normativa del BCRA —Comunicación “A” 4063 y Comunicación “A” 2621— se desprende que la entidad se encontraba autorizada a debitar fondos de la cuenta bancaria para cobrar los consumos de las tarjetas de crédito, hasta tanto existiera una revocación por parte de la actora, tal accionar resultó manifiestamente ilegítimo luego de la nota presentada por la reclamante, en la que dejaba sin efecto los débitos autorizados (48).

- Privó al actor de la disponibilidad crediticia a la que tenía derecho según el contrato, colocándolo en situación pretendidamente irregular, al cobrarle comisiones que no correspondían (49).

- Cobró tasas de intereses consideradas abusivas, sustancialmente superiores si se las compara con las que le hubiera debido cobrar el Banco de la Nación Argentina y las cuotas superaban holgadamente el 30% del haber jubilatorio que percibía la actora, persona que se encontraba en clara situación de vulnerabilidad (50).

- Negó la contratación y existencia de una cuenta-sueldo en cabeza del actor y la prueba que ofreció en respaldo de su versión le resultó adversa. Incumplió las obligaciones expresamente establecidas

(35) CCiv., Com., Lab. y Min. Neuquén, sala III, 25/04/2019, TR LALEY AR/JUR/18950/2019.

(36) C6aCiv. y Com., Córdoba, 03/09/2018, TR LALEY AR/JUR/61963/2018.

(37) CCiv. y Com. Morón, sala II, 03/09/2020, TR LALEY AR/JUR/38077/2020.

(38) CNCom., sala F, “Rodríguez, José c. Cencosud S.A. y otro s/ ordinario”, 20/04/2022, TR LALEY AR/JUR/42262/2022.

(39) CNCom., sala D, “Pisaturo, Damián Hugo c. Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. y otro s/ Ordinario”, 01/09/2022, TR LALEY AR/JUR/116446/2022, con nota de MONZÓN, Hugo G., “El

estándar de responsabilidad del proveedor en las relaciones de consumo y los daños punitivos”, TR LALEY AR/DOC/3279/2022.

(40) CApel. de Circuito Santa Fe, 26/05/2022, TR LALEY AR/JUR/100776/2022.

(41) CNCom., sala C, 27/05/2019, TR LALEY AR/JUR/27059/2019.

(42) JPaz, Viedma, 24/11/2020; Rubinzal Online; “R. N. M. c/ Banco Patagonia S.A. s/ menor cuantía”.

(43) CNCom., sala F, “Benítez Ibáñez, María Nilda c. Citibank NA y otro s/ sumarísimo”, 12/11/2019, TR LALEY AR/JUR/38937/2019.

(44) CNCom., sala C, 18/12/2020; TR LALEY AR/

JUR/73598/2020..

(45) CCiv., Com., Min., Paz y Trib. Mendoza, 12/11/2019, “Da Rold, Andrés Agustín c/ Santander Río S.A. s/ daños y perjuicios p/ daños y perjuicios”.

(46) CNCom., sala B, 18/06/2019, TR LALEY AR/JUR/27561/2019.

(47) CNCom., sala B, “Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC) c. Banco Itaú Argentina S.A. s/ Ordinario”, 14/12/2020, TR LALEY AR/JUR/66093/2020. La sentencia de primera instancia del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nro. 16 de 20/12/2019, se publicó en Suplemento JA 22/07/2020, 22/07/2020, 79, TR LALEY AR/JUR/51676/2019.

(48) CNCom., sala F, 18/10/2018; TR LALEY AR/JUR/91290/2018. Para un caso similar, en el que se condenó a \$ 100.000, ver CNCom., sala D, “Ríos, Sergio y otros c/ Bco. Santander”, 26/10/2017, TR LALEY AR/JUR/81969/2017, RIOS, Sergio, “La acción de impugnación de saldos y el límite de descubierto en cuenta corriente bancaria”, *Rev. de Derecho Bancario y Financiero*, nº 39, feb. 2018, II Editores..

(49) CNCom., sala C, 18/2/2014, TR LALEY AR/JUR/5330/2014, FARINATI, Eduardo, *Actualidad en Derecho Bancario* (5/2014), RDCO, nº 268, p. 473.

(50) CNCom., sala C, 27/05/2019, TR LALEY AR/JUR/27059/2019.

en el art. 124 de la ley 20.744 —modificado por ley 26.590—, Resolución 653/2010 del MTEySS y Comunicación “A” 6064 del BCRA que obstan el cobro de cargos o comisiones por extracciones en cajeros automáticos, normativa y regulación que no podía desconocer como entidad bancaria de acuerdo con el deber que corresponde a su alto grado de especialización. Máxime, cuando se trata de normas vinculadas a la tutela del carácter alimentario de los haberes del trabajador que tienden a preservar el principio de intangibilidad del sueldo, principio rector del derecho de trabajo (51).

- Actuó desaprensivamente frente a los derechos de un niño de 9 años que percibe su cuota alimentaria de la cuenta judicial, en tanto el banco la manipuló negligentemente (al efectuar débitos automáticos por el uso de la tarjeta de crédito de titularidad de su madre). Es de aplicación la resolución 748/2017, que solo otorga disponibilidad sobre esos depósitos a los beneficiarios dispuestos en la orden judicial que determina la apertura. Dicha disponibilidad solo se puede llevar a cabo por caja, por cajero automático o mediante el uso de la tarjeta de débito como medio electrónico de pago. Es decir, que la normativa específica no habilita —ni aun con la voluntad del beneficiario— a realizar débitos automáticos sobre dichas cuentas.

**El tribunal tuvo especialmente en cuenta que la entidad bancaria demandada es el agente financiero de la provincia y, por ende, “quien administra las cuentas judiciales por lo que debe extremar los recaudos relativos a su gestión, de modo que en sus protocolos operativos se le otorgue el tratamiento que corresponde a las especiales cuentas judiciales reguladas en la normativa citada, que por sus especiales características —destino de fondos de carácter alimentario— no pueden recibir el mismo tratamiento que una cuenta sueldo o cualquier otra cuenta” (52).**

- En una acción colectiva, cobró ilegítimamente una comisión y, además, se constató la violación al derecho de información al no incluir en su página web los datos que el ente rector exige (53).

**V.9. Omisión de acreditar fondos o transferir fondos que han sido descontados en la cuenta del cliente**

El banco debe ser sancionado con daños punitivos si:

- Desaprensivamente, no acreditó en la cuenta del cliente la suma de \$ 4000.

**El voto mayoritario adhirió a criterios temáticos: “En búsqueda de la mayor objetividad posible a la hora de fijar el quantum punitivo debe atenderse, en cuanto resulte posible, a la fórmula aritmética propuesta por el Dr. Irigoyen Testa” (54).**

- A pedido de la actora, transfirió electrónicamente fondos produciendo un débito en su cuenta, sin que haya probado que esos fondos llegaron efectivamente a destino, siendo que la carga recaía sobre la entidad bancaria, que estaba en mejores con-

diciones de probar, desde que el sistema de transferencias electrónicas es complejo e implica un entramado de operaciones en el que, necesariamente, intervienen una empresa emisora y otra receptora; la demandada se escudó en la falta de prueba de la actora y, además, no colaboró con la provisión de los datos necesarios para llegar a la certeza probatoria, mostrando así desaprensión por los derechos del consumidor (55).

**V.10. Trato indigno hacia la persona consumidora**

Las penas encuentran respaldo legal y fáctico si el banco:

- Tuvo un trato indigno, irrespetuoso y desaprensivo frente al cliente (56).

- Intimó confusamente y de modo intimidante a proporcionar datos a un cliente de 70 años, que cobra su jubilación a través del banco; y cuando él concurrió a la entidad bancaria a aclarar la situación, la empleada con quien debía contactar no trabajaba en la sede, recibiendo trato despectivo del gerente. En un momento se le aclaró que se le pedían datos sobre una importante suma que estaba acreditada en su cuenta, pero esa cantidad provenía de un juicio que el jubilado había cobrado al sistema de la seguridad y, por lo tanto, no podía presumirse que venía del narcotráfico como invocaba el Banco (57).

- Pretendió el cobro del crédito por medios intimidantes, en particular, con el correo electrónico enviado por un estudio jurídico titulado “Último aviso por embargo de haberes” con apariencia de reclamo judicial, dirigido también a allegados del actor, luego de 4 años de la finalización de la relación entre las partes” (58).

- Se condujo desaprensivamente en tanto (i) durante meses no dio al cliente ninguna respuesta sobre la denuncia de fraude que este había realizado; (ii) informó erróneamente al BCRA que el consumidor era moroso “irrecuperable”, replicándose dicha información a través de numerosas empresas; (iii) se mantuvo en una posición de indiferencia, pese a haber reconocido que la información suministrada se encontraba erróneamente conformada (59).

- Destrató al actor, quien efectuó numerosos reclamos a fin de que se diera de baja el servicio de caja de seguridad contratado; frente a la carta documento enviada, la entidad bancaria le dio a conocer que el contrato se encontraba finalizado y, aun así, escudándose en una omisión del cliente (entrega de las llaves), continuó deliberada e ilegítimamente cobrándole las comisiones (60).

- Asumió una conducta dilatoria y negligente, poniendo trabas para concretar la rescisión del contrato que ya se había producido por propia decisión del usuario (manifestada a través de una carta documento), enviándole numerosos reclamos de pago de obligaciones que no eran a su cargo y que culminó en informar errónea-

mente que la actora era deudora morosa (61).

- Pese a las reiteradas peticiones de la cónyuge superviviente, dada la muerte del deudor, se negó a cancelar totalmente la hipoteca y el seguro de vida contratado por imposición del ente financiero, invocando que se había producido solo la extinción del 50 %, desde que la cónyuge también era deudora, siendo que, en realidad, no lo era.

El tribunal argumentó que la “luce francamente inadmisibles que la accionada, a la cual debe exigírsele una actuación responsable y enmarcada en los exigentes parámetros de la especialidad que ostenta haya actuado de la manera que lo hizo, negando la cancelación del crédito e, incluso, descontándole unilateralmente una cuota” (62).

- Exigió documentación en tono imperativo, con total indiferencia hacia el hecho de tratarse de la acreditación del fallecimiento de su cliente a los fines del seguro, poniendo de manifiesto una total desconsideración hacia la dignidad de la persona humana, sobre la cual se asientan todos sus derechos fundamentales. Posteriormente, incumplió lo acordado en el acuerdo conciliatorio y extendió el libre-deuda un año después, lo que significó que al no dar de baja oportunamente, produjo la generación de cargos posteriores que fueron incrementándose mes a mes por la aplicación de intereses (63).

- Demoró más de un año en solucionar la situación de un cliente, a quien había dado de baja de todos los productos por considerarlo erróneamente fallecido, y se despreocupó de su resultado actuando con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (64).

- Notificó al cliente que procedería a suspender el servicio de pago de cheques como medida previa al cierre de la cuenta corriente, motivado en la inhabilitación dispuesta por el BCRA, pero él nunca tuvo ninguna chequera; erróneamente el Banco demandado comunicó un cheque rechazado librado contra una cuenta corriente y nunca atendió el reclamo (65).

- Incumplió las obligaciones legales previstas en los arts. 4/8 bis que regulan el derecho a la información y al trato digno; la información brindada fue insuficiente y equivocada, de forma tal que provocó los daños y perjuicios que la actora reclamó judicialmente (66).

- Sometió al actor a un peregrinaje antes de reconocer su derecho; envió innumerables emails y realizó numerosas llamadas telefónicas reclamando la deuda; incumplió lo comprometido en el trámite previo conciliatorio realizado en el COPREC en su evidente beneficio, en tanto mantuvo cautivo a un cliente generando diferentes gastos, quien además se vio afectado en su situación crediticia ante la falta de pago (67).

- Dio de baja unilateralmente al acuerdo oportunamente celebrado, pretendiendo

el cobro del saldo pendiente en un único pago; durante el juicio insistió en que la actora había solicitado la caída del plan, pero no se hizo cargo del hecho de que, frente a la consulta de la cliente acerca de cuál sería el monto para cancelar las cuotas restantes, la operadora no le pudo brindar dicha información, ya que manifestó que en ese momento no podía efectuar el cálculo y, en consecuencia, le ofreció realizar la solicitud, pero en su lugar procedió a cancelar el convenio. La displicencia en el obrar de la apelante fue notoria, pues no solo no suministró a la actora información respecto del saldo de su deuda, tal como lo había requerido telefónicamente, sino que, además, dio de baja unilateralmente el mentado plan, privando a la nombrada de la financiación que entre ellas habían pactado. Se agrega el evidente menosprecio por los derechos de la actora, quien intentó continuar pagando las cuotas y efectuó diversos reclamos a fin de conseguir una solución, sin obtener respuesta alguna (68).

**V.11. Publicidad engañosa**

Las nocivas consecuencias generales de la publicidad engañosa justifican la imposición de daños punitivos a la empresa financiera si:

- Juntamente con la empresa aérea, no identificó a qué clase de pasajes se aplicaba el descuento y la financiación que promocionaban a través de una determinada tarjeta de crédito, siendo la ulterior información absolutamente defectuosa (69).

- Incumplió el deber de información y realizó publicidad engañosa para impulsar al cliente a suscribir un contrato de capitalización, que se declaró nulo (70).

- Ofreció al actor un paquete de productos bancarios “cien por ciento bonificados con carácter permanente”, sin haberle advertido que tal bonificación estaba sujeta a la continuidad del convenio con el Colegio o la posibilidad de su modificación unilateral. El tribunal argumentó: (i) si el Banco realiza una oferta a la que le adjudica el carácter de “permanente”, el cliente que ha contratado sobre esta base tiene la legítima expectativa a que esa situación se mantenga; de lo contrario, debería haber informado originariamente que tales condiciones estaban sujetas a un plazo o al mantenimiento de determinada situación financiera, etc.; (ii) la demandada no entregó copia escrita del contrato con las precisiones y alcances de la bonificación ofertada; modificó unilateralmente las condiciones originariamente ofrecidas; no las comunicó debidamente al actor; (iii) frente al reclamo del actor, insistió en la legitimidad de su reclamo, obligando al consumidor a concurrir ante los tribunales, para obtener una constancia del cierre de la cuenta, y después el reembolso de las sumas indebidamente percibidas y la reparación de los daños; (iv) no prestó la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos sino que dificultó dicho camino no acompañando prueba dirimente que obraba en su poder y que

(51) CNCom., sala F, 11/04/2022, ED t. 297, TR LALEY AR/JUR/29918/2022.

(52) JCiv., Com. y Suc. N° 9, Cipolletti, 04/11/2019, “Salas, Lorena Nadina vs. Banco Patagonia S.A. s. Apelación menor cuantía”.

(53) CNCom., sala C, 30/12/2021, TR LALEY AR/JUR/208963/2021.

(54) C1aCiv. y Com., Bahía Blanca, sala I, “Castaño, María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perj. - incump. contractual (exc. Estado)”, 06/10/2016, TR LALEY AR/JUR/70973/2016, con nota de BILVAO ARANDA, Facundo M., “La discrecionalidad judicial en la fijación del monto del daño punitivo”, TR LALEY AR/DOC/534/2017. En disidencia,

respecto a la aplicación de la fórmula matemática, voto del Dr. Ribichini.

(55) CCiv. y Com., Salta, sala II, 25/10/2022, “L., M. E. c/ Banco Macro S.A. s/ acciones de ley defensa del consumidor”.

(56) CNCom., sala F, 19/8/2014, TR LALEY AR/JUR/57743/2014, FARINATI, Eduardo, “Actualidad en Derecho bancario (6/2014)”, RDCO, año 47, 2014-B, 693.

(57) JPaz Viedma, 10/02/2022. “M. Miguel Ángel c/ Banco Patagonia S.A. s/ menor cuantía (jp) (digital)”.

(58) CNCom., sala C, 24/08/2022, TR LALEY AR/JUR/110837/2022.

(59) CNCom., sala F, 29/10/2019; TR LALEY AR/

JUR/37820/2019.

(60) CNCom., sala F, 11/04/2019; “Farace, Miguel Ángel C/ Banco Credicoop Coop. Ltda. S/ Ordinario”.

(61) CFed. Córdoba, sala A, 23/6/2015, TR LALEY AR/JUR/24353/2015.

(62) CApel. Concordia, “Beluzzo c/Banco Macro y otros”, 01/10/2013, TR LALEY AR/JUR/62460/2013.

(63) CCiv. y Com. Salta, sala II, 13/06/2019, TR LALEY AR/JUR/28011/2019.

(64) CCiv. y Com. Necochea, “Ajargo, Claudio Esteban c. BBVA Banco Francés S.A. s/ daños y perjuicios”, 09/06/2016, TR LALEY AR/JUR/51420/2016. El tribunal, al igual que la Cámara de Bahía Blanca, utiliza fórmulas matemáticas.

(65) CNCom., sala F, 19/10/2021, LALEY AR/JUR/162263/2021.

(66) JPaz, Cipolletti, 28/07/2022, “Llampa, Vilma Jeannette vs. Banco Francés s. Menor cuantía”.

(67) CNCom., sala E, “García, Gabriel Alejandro c. Banco Hipotecario SA s/ sumarisimo”, 30/06/2022, TR LALEY AR/JUR/85073/2022.

(68) CNCom., sala C, 19/09/2022, TR LALEY AR/JUR/129423/2022.

(69) CCiv. y Com. Salta, Sala III, 29/07/2016, “F., R. A. c. BBVA Banco Francés S.A.; LANTOURS S.A. s/ Sumarisimo o Verbal”.

(70) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 12/6/2016, ED 268-495.

era de imposible diligenciamiento para el consumidor (71).

V.12. *Impedir el ejercicio del derecho de arrepentimiento. Solidaridad de otros sujetos*

Se decidió que la empresa administradora de la tarjeta de crédito, el banco emisor y la compañía aérea son solidariamente responsables y son condenados, además, al pago de los daños punitivos, por impedir al actor ejercer el derecho de arrepentirse y dejar sin efecto la operación de adquisición de millas aéreas que había efectuado en razón de una promoción que le fue ofrecida por mail como usuario de dicha tarjeta, “pues la relación entre los codemandados queda enmarcada dentro del sistema de conexidad contractual, por lo cual no pueden pretender exonerarse de responsabilidad alegando que la causa del daño no les resulta atribuible, ya que ninguna podría revestir el carácter de “tercero ajeno por el cual no se debe responder”. “La conducta de las demandadas demuestra un propósito deliberado de incumplir de mala fe con una obligación, esto es, consignar el derecho que les asiste a los consumidores actores de poder revertir la operación realizada en forma electrónica. Máxime, cuando en la contratación informática existe un incremento del deber de información en la fase precontractual, a fin de mitigar el rigor de la regla de la autorresponsabilidad, habiéndose acreditado que las accionadas no tienen establecido un protocolo específico que facilite la inmediata reversión de las operaciones efectuadas en forma electrónica” (72).

V.13. *Incumplir la obligación de colaboración. Carencia de sistemas de filmación*

Con severidad se ha condenado a la entidad financiera, porque:

- No tenía en condiciones el sistema de seguridad de filmaciones e impidió que se tuvieran las pruebas sobre la persona que hurtó un teléfono celular dentro del establecimiento. “Nada le costaba al Banco facilitar a la actora las filmaciones de las distintas cámaras de seguridad para tener la posibilidad de identificar a la supuesta tercera persona que sustrajo la unidad telefónica, o bien, ver qué pasó y esclarecer la situación; el Banco estaba en mejores condiciones para acreditar su propia diligencia ante el evento”. “Cuesta entender cuál fue la razón por la que el Banco no quiso entregar las filmaciones; y cuando accedió, lo hizo mal. No se entiende en qué se habría perjudicado en caso de hacerlo adecuada y oportunamente, salvo que —claro está— tales imágenes mostrasen algo inconveniente a sus intereses (v.g.: que sea un dependiente suyo el que cometió el ilícito y allí surgiera su responsabilidad en el evento)” (73).

V.14. *Estafas informáticas realizadas a través de operaciones bancarias*

V.14.a. Descripción de la situación

En los últimos años, las estafas informáticas se han extendido en forma exponencial en cantidad y en diferentes tipos de modalidades, a punto tal, que los medios masivos de comunicación se hacen eco del tema casi cotidianamente (74) e Internet enseña y alerta, a través de videos muy

ilustrativos, las estrategias de los nuevos delincuentes que cometen, entre otros ilícitos, *phishing*, *pharming*, *vishing*, *smishing*, etc. (75). Así, por ej., el *phishing* resulta de algún tipo de manipulación con un anzuelo (premio) y una pesca (entrega de claves). Para algunos, el nombre proveniría de la combinación de “*phishing*” —pesca— y “*password*” —contraseña— y alude a que una persona muerde el anzuelo brindando su contraseña. Para otros, se deriva de “*phreaking*” que es la contracción de las palabras “*phone*” y “*freak*”. Independientemente de las variantes, lo particular es que la adquisición de la información confidencial se realiza por algún tipo de comunicación electrónica que tiene apariencia de normalidad, a través de la cual la víctima entrega voluntariamente esos datos personales y códigos (76).

Un juez de primera instancia (77) ha reseñado la situación y su impacto en la responsabilidad de las entidades financieras; transcribo con variantes su relato:

En el ámbito del servicio bancario se ha instaurado la utilización de entornos digitales, de manera tal que el uso de la tecnología en los productos y servicios financieros viene creciendo significativamente en los últimos años. La gran mayoría de los bancos ofrece a sus clientes Apps (aplicaciones móviles) y *home banking* para realizar la mayor parte de las operaciones. El uso de los entornos digitales se ha incrementado a raíz de la pandemia del COVID-19. Debido a las restricciones sanitarias y la prestación del servicio bancario de manera no presencial, las entidades bancarias han recurrido a las herramientas tecnológicas para ofrecer a sus clientes medios de interacción no personal. El aumento del uso de los entornos digitales de las entidades bancarias y financieras trajo aparejado el incremento de los ciberdelitos. En el contexto descripto, los bancos debieron tomar medidas a fin de brindar a sus clientes un uso seguro de los servicios ofrecidos. La obligación de seguridad se extiende a esos servicios digitales, lo que impone a los bancos proveer la gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras, de manera tal que su utilización sea segura para los usuarios. El Banco debe proporcionar una plataforma tecnológica moderna que provea confiabilidad, integridad y disponibilidad de la información en una red consolidada y segura. En otras palabras, los bancos deben asegurar a sus usuarios la seguridad de estos entornos digitales, debiendo desplegar herramientas de ciberseguridad. El sistema informático que maneja el ingreso remoto de clientes al sistema bancario es una cosa riesgosa.

Otro juez de primera instancia agregó a esa descripción: “Es cierto que el riesgo se evidencia tanto para el usuario como para el Banco, quien, por las propias características de su actividad, está expuesto a eventuales ataques de terceros, pero el entorno digital en el cual se desarrolla toda esta actividad relacionada con la cuenta bancaria del accionante se encuentra bajo el diseño, desarrollo, control y monitoreo del banco como proveedor e impuesto al usuario, por lo que es esperable que una entidad bancaria de la envergadura de la demandada adopte una conducta en la cual ponde-

re los riesgos previsibles, con el objeto de proteger a los usuarios, máxime cuando se encuentra configurada una relación de consumo, lo que deriva inexorablemente en la obligación de responder si se incumplió con esa previsión legal que se deriva del tipo de servicio prestado (art. 42 de la C.N., CSJN Fallos 329:646)” (78).

Los tribunales de apelaciones también suelen detenerse en la descripción fáctica de la situación (79).

La problemática afecta a muchos países. Así, un diario de información jurídica español publica la siguiente noticia:

“Las entidades bancarias se lavan las manos ante la nueva ola de *phishing* que sufren pequeños ahorradores. Aluden a un artículo de la Ley de Servicios de Pago que habla del comportamiento negligente del cliente para no responsabilizarse de ese dinero sacado fraudulentamente por Internet” (80).

V.14.b. El tratamiento de la cuestión en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil reunidas en Mendoza, en setiembre 2022

La Comisión 5 titulada “Derecho de los consumidores. Principios del Derecho del consumidor. Proyección en las relaciones de consumo en entornos digitales” de las jornadas mencionadas en el título recomendaron:

2.1. *El principio protectorio opera con mayor intensidad en los entornos virtuales, dada la situación de vulnerabilidad específica de los consumidores generada por la exposición al ambiente virtual, el marco regulatorio vigente y la brecha digital, que podrían incrementar las fragilidades.*

2.2. *En la contratación electrónica, además de los principios propios de ese ámbito (equivalencia funcional, permanencia del derecho preexistente y buena fe), los principios del derecho del consumidor operan de manera relevante como criterios hermenéuticos y de integración.*

2.3. *En los entornos virtuales el principio de equiparación de derechos constituye una proyección específica del principio protectorio, que garantiza no disminuir los niveles de tutela aplicables en otras modalidades de comercialización.*

*El principio de acceso al consumo incluye el acceso a las TIC, entre las cuales ubicamos a internet y su carácter de servicio esencial —más allá del DNU 690/20—, surge implícito del texto del artículo 1 ley 27.708, en sintonía con el 42 CN.*

2.4. *El principio de transparencia en el ámbito de los entornos digitales exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible en las diferentes etapas de la relación de consumo, con especial proyección a las exigencias vinculadas a la configuración de los entornos virtuales de modo de facilitar la comprensión del consumidor y el ejercicio de sus derechos.*

2.5. *En virtud del principio protectorio, el art. 1107 in fine del CCCN debe ser interpretado en el sentido de que quien asume los riesgos de la utilización del medio electró-*

*nico no puede ser otro que el proveedor, que es quien ha generado el riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza.*

2.6. *El principio de prevención del daño se despliega con especial intensidad en las economías de plataformas o economías colaborativas, que se aprovechan de las ventajas de las TICs para facilitar el acceso a diferentes bienes o servicios a través de la interacción entre los usuarios.*

2.7. *El principio de prevención de riesgos informa la construcción de las respuestas jurídicas en los conflictos vinculados al “*phishing*” o “*vishing*”.*

2.8. *Los principios de seguridad, prevención de riesgos, protección de la confianza, apariencia e información constituyen directrices ineludibles en la solución de los problemas suscitados en torno a la responsabilidad de las plataformas digitales.*

(...)

4.4. *El stop debit de las cuotas de préstamos obtenidos mediante sustitución de identidad u otros mecanismos fraudulentos puede constituir una herramienta idónea y efectiva para resguardar la protección de los intereses económicos del consumidor.*

V.14.c. La recepción jurisprudencial

Una fuerte tendencia jurisprudencial, con apoyo doctrinal (81) declara la nulidad de los contratos que, teniendo origen en estas maniobras, dejan a personas especialmente vulnerables con grandes deudas con la entidad bancaria. En este sentido, se afirma:

- La demandada ejerce una actividad riesgosa; el actor, un consumidor hipervulnerable, fue sujeto pasivo de una maniobra fraudulenta por parte de terceras personas a las que le facilitó datos que permitieron que ellas generaran contratos con el banco y transfirieran las sumas a otras cuentas; esos hechos y los daños que de allí se derivaron al accionante se encuentran en conexión causal con la violación del deber de seguridad exigible al banco demandado, la vulnerabilidad del sistema y la ausencia de medidas hábiles para impedir la configuración de este tipo de ilícitos; esas medidas le son exigibles en tanto se encuentran dentro de la esfera de acción y competencia de la entidad bancaria como profesional elevándose el estándar de juzgamiento de su conducta (arts. 1725, 1757 del CCyC; 5, 40 y concordantes de la ley 24.240) (82).

- El banco obró en forma desaprensiva al no atender el reclamo; incluso, “continuó imponiendo una oferta no consentida de préstamo ‘preaprobado’ en el entorno digital, aun cuando la consumidora expresamente solicitó no asumir ese riesgo, todo ello pese a que el banco conocía el incremento de estafas como consecuencia de la utilización de estos canales electrónicos por parte de clientes que no estaban habituados a realizar consultas por esta vía” (83).

En algunos casos, además de declarar la nulidad, se han impuesto daños punitivos

(71) C5aCiv. y Com. Córdoba, 2/10/2019, TR LALEY AR/JUR/28965/2019, comentario de MARTÍNEZ URRUTIBEHETY, Gustavo, “Sobre el derecho de información, el daño punitivo y otras cuestiones relativas al Derecho de Consumo”, comentario al fallo “Quiroga Crespo, Carlos Guido José c/ Banco Itaú Argentina”, en elDial.com.

(72) CNCom., sala C, 8/4/2021, ED t. 292; TR LALEY AR/JUR/20015/2021.

(73) ST Jujuy, sala I Civil y Comercial y de Familia,

10/03/2021, TR LALEY AR/JUR/38682/2021.

(74) Ver, por ej., <https://www.mdzol.com/policias-les/2022/10/9/hackers-vaciaron-cuentas-de-clientes-de-un-importante-banco-argentino-en-la-plata-281092.html>

(75) <https://www.youtube.com/watch?>

(76) SPIGHI, Francina - OVEJERO SOLÁ, Lucrecia, “SIM Swapping: El alcance de la responsabilidad bancaria”, LA LEY 04/10/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/2894/2022.

(77) JCiv., Com. y Fam., 3ªNom., San Francisco, 11/02/2022; TR LALEY AR/JUR/4427/2022.

(78) JCiv. y Com. Nº25, La Plata, 19/09/2022; TR LALEY AR/JUR/135199/2022.

(79) CCiv. y Com. Común Concepción, Sala II, 29/7/2022, TR LALEY AR/JUR/141699/2022.

(80) <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/las-entidades-bancarias-se-lavan-las-manos-ante-la-nueva-ola-de-phishing-que-sufren-pequenos-ahorradores/>

(81) Por ej., ARGENTO, Alejandro, “Responsabilidad bancaria, préstamos de modo fraudulento y medida cautelar”, comentario al fallo “Infante Ruejas c/ Banco Macro”, elDial DC3056, publicado el 20/10/2022.

(82) JCiv. y Com. Nº19, La Plata, 14/2/2022, TR LALEY AR/JUR/6400/2022.

(83) JNCom. Nº10, 07/07/2022, TR LALEY AR/JUR/91554/2022.

al banco que no atendió a los reclamos. Así, se ha argumentado:

- Ni bien ocurrido el hecho de *phishing*, el Banco volcó todas sus sospechas sobre el accionar del cliente, manejando como hipótesis que la transferencia había sido hecha por la cotitular de la cuenta sin su consentimiento, quien no había guardado el resguardo de las claves de acceso o coordinadas a utilizar en las transferencias e incluso llegando a atribuir el “ardid” a una manera de remitirle dinero a una persona con quien lo unía una relación extramatrimonial, faltando a todo trato digno (84).

- Los daños punitivos encuentran justificación, porque: (i) Durante la pandemia operaron cambios profundos respecto a la atención a los clientes, reduciéndose notoriamente la atención personalizada a la que los clientes estaban acostumbrados; el banco demandado, como los otros existentes en el mercado, promocionaba en sus redes que los clientes canalizaran sus reclamos o consultas por dicho medio; (ii) El Ministerio Público Fiscal - Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) informó un incremento de 3.000% en reportes de accesos indebidos a cuentas bancarias y posterior fraude por movimientos no autorizados; en el mismo sentido, una asociación de consumidores avaló que en el año 2020, con la llegada de la pandemia, recibió un gran número de denuncias contra bancos por esta clase de delitos; la gran cantidad de hechos delictivos desmienten la pretendida eficacia invocada por el banco para determinar el carácter genuino de la operación; (iii) la actora era titular de una cuenta “sueldos” a través de la cual percibía una remuneración de aproximadamente \$ 23.000, otorgándosele en forma inmediata (“a un solo clic”), un crédito por la suma de \$ 226.000, cuya primera cuota era por un importe superior al de su remuneración; esa suma fue acreditada y transferida en el mismo acto a una cuenta de un tercero no habitual; (iv) la postura asumida por el banco parece excluir de su ámbito de responsabilidad uno de los mayores riesgos señalados por el propio informe especializado por él presentado; (v) La modalidad de otorgamiento de un préstamo de esta naturaleza ha incrementado innecesariamente un riesgo que no tiene por qué trasladarse al consumidor; (vi) existían indicios suficientes para que el banco, realizando el monitoreo al que se refiere la normativa del BCRA, actuara en protección de su cliente realizando una verificación positiva de su identidad por otros canales; (viii) En el caso, la culpa calificada exigida para la imposición de daños punitivos se refleja en un obrar notoriamente negligente de la demandada al convalidar operaciones como las descriptas, en el grave menosprecio por los derechos económicos del consumidor al no dar una respuesta adecuada, dado el largo e infructuoso peregrinar al que fue sometida la actora para obtener una respuesta (85).

- No tomó las medidas exigibles para evitar una estafa informática, en tanto se encuentran dentro de la esfera de acción y competencia de la entidad bancaria como profesional elevándose el estándar de juzgamiento de su conducta (arts. 1725, 1757 del CCyC; 5, 40 y concordantes de la ley 24.240). El *phishing* implica que el consumidor proporciona los datos, pero la

causa adecuada del daño no está en haber proporcionado los datos, sino en la falta de control que permitió que apareciera en la cuenta del consumidor una deuda por una importante suma de dinero que superaba en diez veces sus ingresos (86).

- Del dictamen se desprende que: No hay antecedentes previos de transacción con la cuenta de destino; la transacción realizada no se corresponde con operaciones habituales del consumidor financiero; en el caso la operación se habría realizado desde la Unidad penitenciaria nro. 7 de San Francisco, Córdoba; el *token* y la advertencia de seguridad no son suficientes para garantizar la genuinidad de la operación; el banco no cuenta con contralor de IP que permita detectar los dispositivos de conexión electrónica utilizados para introducirse en la cuenta de la actora; no se activaron otros mecanismos de verificación alternativa (87).

- Los perpetradores de la estafa pudieron modificar los datos del cliente sin necesidad de registrar la modificación en un cajero automático con la tarjeta de débito del actor, lo que evidencia la fragilidad de la seguridad del sistema informático; el Banco no brindó una adecuada seguridad informática, pues no tomó medidas adecuadas e idóneas para evitar la estafa o fraude, haciendo caso omiso a la alerta de movimiento sospechoso detectada por el propio banco y, sobre todo, a la comunicación con el usuario, quien les manifestó telefónicamente que no había solicitado préstamo alguno. Ante ese contexto cabe preguntarse: ¿para qué el banco comunica que se detectó un movimiento sospechoso y llamó al actor, si aun así no tomó ninguna medida para evitar la consumación de la estafa? Ello evidencia que no cumplió adecuadamente con su deber de seguridad respecto al entorno digital, máxime cuando se advierte que las operaciones de que se trata —solicitud del préstamo y transferencias— son totalmente inhabituales en la operatoria del actor (88).

- En lugar de implementar y aplicar las medidas dispuestas por el Banco Central de la República Argentina, obró en forma desaprensiva al no atender el reclamo; e incluso continuó imponiendo una oferta no consentida de préstamo ‘preaprobado’ en el entorno digital, aun cuando la consumidora expresamente solicitó no asumir ese riesgo, todo ello pese a que el banco conocía el incremento de estafas como consecuencia de la utilización de estos canales electrónicos por parte de clientes que no estaban habituados a realizar consultas por esta vía (89).

- Se ha verificado la existencia de variados reclamos plasmados en el intercambio epistolar entre actor y entidad accionada; además, la demandada tenía claro conocimiento de la falla de seguridad de su sistema *homebanking*, todas circunstancias que implican culpa grave y excesiva desaprensión en relación con los derechos del actor (90).

- No se tomaron medidas de seguridad o estas no fueron eficaces y, adicionalmente, no se efectuó un análisis crediticio del actor para el otorgamiento del préstamo ban-

cario, dado sus magros ingresos, circunstancia que también demuestra la laxitud de los controles habituales en el otorgamiento de dicho crédito (91).

- El formulario de reclamo y la solicitud a su empleadora para que sus haberes no sean depositados en la cuenta bancaria abierta al efecto marcan el inicio del peregrinar de la actora, que se integró con su concurrencia a sede penal, a sede de la OMIC y ante este fuero, todo a causa de la respuesta recibida de la entidad bancaria, que ninguna prueba ofreció a fin de demostrar que, ante la denuncia del cliente de haber sido víctima de una modalidad de ingeniería social, cuya existencia y mecanismo en general es reconocida por la entidad a partir de sus campañas publicitarias, realizó algún tipo de verificación. El tribunal tuvo especialmente en cuenta que:

— El deber de prevención en cumplimiento de la obligación de seguridad y el deber de actuar en consecuencia una vez detectada la operación sospechosa, o bien con posterioridad ante la denuncia realizada por el consumidor, es de la entidad bancaria.

— Este deber está agravado por su profesionalidad en la prestación de servicios financieros y típicos de la actividad, lo que queda claramente evidenciado con la totalidad de la normativa dictada por la autoridad de aplicación con posterioridad a los hechos.

— Ante la complejidad de la modalidad denunciada, la entidad bancaria limitó su actuación respondiendo a su cliente que “el reclamo se corresponde con un caso de ingeniería social, siendo el cliente quien proporcionó a terceros sus credenciales de acceso y uso de BIP, lo que habilitó que se concreten las operaciones detalladas”.

— Esbozó que el caso podría tratarse de una especie de connivencia entre la actora, su amiga y el tercero, siendo que no existe la más mínima prueba de esa hipótesis en la presente, ni en el marco de la causa penal.

— No dispuso medida alguna dirigida a dar respuesta a lo acaecido, sino que por el contrario mantuvo la vigencia de estas operaciones desconocidas y registró como deudora a la actora.

— En suma, su actuar fue notoriamente desaprensivo y desentendido del planteo realizado por la actora, eligiendo una postura contraria a la solución del conflicto o que procurase evitar la continuación o agravamiento del daño (92).

- El banco se aferró a la culpa de la víctima, pero la actividad fraudulenta no está conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos; la causa adecuada es la falta de medidas adecuadas para asegurarse la identidad del usuario y sumar a ellos sistemas de alerta por la existencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales del consumidor. La facilitación de los datos fue condición del hecho dañoso, pero no causa. La causa no es cualquier condición, sino aquella que según el curso normal y ordinario de

las cosas es idónea para producir un resultado debiendo regularmente producirlo. No basta con ampararse en el cumplimiento de las normas bancarias predisuestas para librarse de su responsabilidad; al contrario, deben ultimarse los recursos y técnicas suficientes para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros (93).

- No acreditó haber tomado medidas de seguridad eficaces no obstante que, en función de su presumida profesionalidad, es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos y, además, conforme a los lineamientos proteccionistas —art. 3 LDC, art. 1094 y 1095 CCyC— del régimen de responsabilidad aludido, en su cabeza está la carga de probar eximentes limitativas o exonerativas de responsabilidad (94).

- El cliente, persona en situación de hipervulnerabilidad (un obrero de la construcción padre de una niña menor de edad), recibió un trato indigno durante el derrotero atravesado hasta llegar a la responsabilidad de la demandada ante la falta de seguridad de las cuentas bancarias del accionante (95).

- No es razonable pensar que en razón del vínculo contractual entre el actor y la entidad bancaria existan créditos preaprobados que se encuentran a tan solo un clic. En el caso, el monto total era casi 7 veces lo que él percibe conforme a boletas de sueldo; los hechos ocurrieron en un muy corto período de tiempo: se efectuaron cambios de la clave de seguridad, se obtuvo un préstamo; todo el dinero fue transferido a varias cuentas casi de forma inmediata. Frente a esa operatoria, no se generó ningún tipo de alerta para detectar actos irregulares e infrecuentes, sea por la entidad que ellos tienen, por la movilización de fondos en un período de tiempo muy reducido, por la transferencia a cuentas no vinculadas y con las que antes no se habían efectuado transacciones, por la existencia de usuarios con ubicación en otras provincias (Córdoba en este caso) (96).

En otros casos, los tribunales de apelaciones han reducido los montos de la condena punitiva.

Así se ha dicho (97): “El *phishing* es un flagelo que en materia de seguridad bancaria afecta de igual forma a particulares como a las entidades crediticias. A estas últimas no las beneficia económicamente, más bien las perjudica tanto sea económicamente como desde el punto del prestigio y fiabilidad de la empresa con la sociedad”. “En lo referido al daño punitivo no resulta adecuado que sobre esta recaiga todo el peso de la maniobra delictual pergeñada por terceros, pero se encuentra acreditado tanto el incumplimiento del deber de seguridad como las circunstancias atenuantes respectivas, por lo que corresponde reducir el monto fijado en concepto de daño punitivo”.

## VI. Decisiones que rechazaron la imposición de daños punitivos a entidades bancarias

Diversas razones se han esgrimido para rechazar los daños punitivos contra una entidad bancaria:

(84) J.Civ., Com. y Min. N°3, Viedma, “Higinio, León Rodolfo c. Banco Macro SA s/ daños y perjuicios”, 18/06/2021, TR LALEY AR/JUR/89604/2021.

(85) J.Com. N°27, CABA, 1/8/2022, jueza titular María Virginia Villarroel, TR LALEY AR/JUR/109412/2022; ver nota de ABAD, Gabriela, “Reconocimiento de responsabilidad bancaria ante una estafa sufrida por un consumidor hipervulnerable”, eDial.com. De la misma autora, “Phishing: su impacto en el derecho del consumidor y responsabilidad bancaria”, eDial.com.

(86) J.Civ. y Com. N°19, La Plata, 14/2/2022, TR LA-

LEY AR/JUR/6400/2022.

(87) CCiv. y Com., Pergamino, 27/09/2022; TR LALEY AR/JUR/149929/2022.

(88) J.Civ., Com. y Fam. 3ªNom., San Francisco, 11/02/2022; TR LALEY AR/JUR/4427/2022.

(89) J.N.Com. N°10, 7-jul-2022, TR LALEY AR/JUR/91554/2022.

(90) CNCom., sala B, 25/03/2022, TR LALEY AR/JUR/32518/2022.

(91) J.Cont. Adm. Trib. y Rel. de Consumo N°24, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28/06/2022 TR LA-

LEY AR/JUR/96842/2022.

(92) CCiv. y Com., Necochea, 09/08/2022; TR LALEY AR/JUR/166889/2022.

(93) J.Civ. y Com. Nro. 25, La Plata, 19/09/2022; TR LALEY AR/JUR/135199/2022.

(94) J.Civ., Com. y Suc. Viedma, 7/9/2022, “E F M R c/ Banco Patagonia s/daños y perjuicios (sumarísimo)”.

(95) J.Cont. Adm. Trib. y Rel. de Consumo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28/06/2022, TR LALEY AR/JUR/96842/2022. La “pesca” comenzó con un llamado al hermano, supuestamente desde un super-

mercado en el que era cliente, diciéndole que había ganado un premio que iba a ser depositado en una cuenta corriente bancaria; como él no tenía, la solicitó a su hermano, que resultó la víctima de la maniobra.

(96) CCiv. y Com. Común, Concepción, Tucumán, sala II, 29/7/2022, TR LALEY AR/JUR/119469/2022.

(97) C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, “Suárez, Daniel Ricardo c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Nulidad de contrato”, 05/05/2022; LA LEY 25/07/2022, 3, Cita: TR LALEY AR/JUR/63863/2022.

## VI.1. Cliente no consumidor

Como he dicho, los daños punitivos requieren la presencia de un sujeto acreedor que pueda ser calificado de *consumidor* según la ley 24.240. Su inexistencia funda la improcedencia de las sanciones. Claro está, existe un gran debate sobre la propia noción de *consumidor* (98). Una aplicación extensiva del concepto a la que se suma la tendencia que no exige un especial factor de atribución puede ser una combinación incendiaria en la aplicación de los daños punitivos.

Correctamente, se ha negado la imposición de sanciones, porque “la utilización de la cuenta corriente bancaria no tenía un consumidor por destino final, aunque la empresa cliente del banco haya sido la parte débil de la contratación” (99).

## VI.2. Inexistencia de factor de atribución agravado

En diversas decisiones, el rechazo se ha fundado en que:

- No existe intención ni culpa grave en el Banco que trabó un embargo a una persona que no era quien había firmado el documento ejecutado (100).

- No existe real desprejo por los derechos del consumidor, aunque el Banco incumplió las obligaciones de información y de seguridad (101).

No se verifica culpa grave ni dolo en la entidad financiera que omitió brindar medidas de resguardo adecuadas a un cliente que luego sufrió el robo en una denominada “salidera bancaria” (102).

- La entidad bancaria dio una pronta respuesta al pedido de la actora de que el crédito le fuera transferido a su cuenta, ofreciéndole una solución análoga —dada la regulación del mercado cambiario vigente en ese momento— a la que se dispuso en la instancia judicial, habiéndose concluido —sin que se presentaran agravios al respecto— que el incumplimiento había radicado en la omisión de consignar la suma en cuestión (103).

- No se observa abuso de poder, dolo o culpa grave de parte del banco que indebidamente informó a un cliente como deudor moroso (104).

- No se advierte con claridad un actuar doloso imputable al banco en el incumplimiento del contrato de caja de seguridad (105).

- Existió un objetivo incumplimiento por parte de la demandada, pero la prueba colectada impide considerar que ello se debió a un deliberado y desaprensivo proceder de la entidad bancaria (106).

- Ni el banco emisor ni la empresa impresora de una tarjeta de débito actuaron con culpa grave ni con la intención de ob-

tención de enriquecimientos indebidos, ni grave menosprecio de los derechos del consumidor, aun cuando la tarjeta presentaba irregularidades que dieron lugar a que el portador fuera detenido (107).

- No se advierte en el banco que incumplió con el deber de información al no indicar adecuadamente las comisiones, que haya actuado con ánimo de perjudicar al consumidor a quien, en cambio, se le indemniza el daño extrapatrimonial sufrido (108).

- “El único producto que el banco brinda al actor es el de caja de ahorro/tarjeta de débito, no contando con tarjeta de crédito. Un día apareció un descuento por tarjeta de crédito. Existieron rechazos de 5 transacciones por cuestiones de seguridad y aun así se autorizó el DEBIN. El banco incumplió las obligaciones de información y de seguridad. Sin embargo, no corresponde condenar a daños punitivos por “no existir real desprejo por los derechos del consumidor” (109).

Alguna sentencia rechazó el rubro, sin mayor fundamentación, cual es que su imposición resulta de una facultad discrecional del juez (110).

## VI.3. Inexistencia de obtención de lucros indebidos ni de extensión de daños o peligro de daños a otros consumidores

Otros jueces se han mostrado más exigentes aun para la aplicación de las sanciones. En este sentido se han rechazado, porque:

- No se ha acreditado que la entidad bancaria haya pretendido obtener un rédito con total desprejo de la integridad o dignidad del consumidor (111).

- No se ha demostrado que las circunstancias del caso se hayan replicado con relación a esos otros clientes en las mismas condiciones expuestas de modo que permita asumir, con certeza y sin más, que la conducta que habría generado el incumplimiento de las demandas exteriorice un designio generalizado doloso de perjudicar o de beneficiarse de indebidos cargos con existencia de culpa grave o evidente mala fe (112).

- No encuentra nítidamente comprobado el beneficio económico que habría obtenido ilícitamente el banco, con el grado de certeza necesario a fin de justificar la condena. Tampoco se estima que la conducta imputada, bien que reprochable, alcance la particular gravedad, especialmente si no se acreditó, siquiera indiciariamente, que la conducta antijurídica desplegada haya sido reiterada o tenga la potencialidad de afectar a otros (113).

- Si bien se comprobó una falla en información puntual de la cartera y legajo contractual del mutuo hipotecario suscripto originariamente con la actora, así como

el detalle de su reestructuración posterior con base en las normas de emergencia económica vigentes, no se encuentra acreditado que ello se haya debido a un accionar premeditado y orquestado por parte de la entidad financiera a fin de obtener un mayor rédito y/o ventaja económica o comercial que hubiera desencadenado en perjuicio de la demandante; por el contrario —sobre la base de la prueba producida— cabe inferir que se trató de un débito puntual circunscripto a la situación particular de la actora (114).

- No se advierte una conducta grave, ya que, si bien resulta claro que existió incumplimiento, la prueba colectada impide considerar que ello se debió a un deliberado y desaprensivo proceder (115).

- Si bien resulta claro que existió un incumplimiento de su parte, una vez denunciado el conflicto, el banco procedió a la recompra del crédito en cuestión y ordenó el levantamiento de la información que figuraba en el registro de deudores, lo que me impide tener por acreditado que su conducta fue desaprensiva y deliberada (116).

- Se ha verificado la conducta negligente del Banco accionado con relación al procedimiento de impugnación de cargos en tarjeta de crédito efectuado por la actora, quien sufrió el daño moral reconocido. Sin embargo, no permite asumir que haya mediado de parte de dicha entidad un designio doloso de perjudicar de modo sistemático a sus clientes para beneficiarse, la existencia misma de culpa grave o evidente mala fe y, de otro lado, tampoco aparece efectivamente acreditada aquí una generalización de esa conducta, de modo que autorice a presumir la indiferencia o el propósito de incumplir, como vía de obtención de un indebido beneficio económico (117).

- En el caso, no resulta necesario generar un efecto ejemplificador, máxime porque con el dictado de nueva normativa del BCRA se han establecido las prescripciones normativas para evitar que se vuelva a incurrir en la conducta reprochada (cobrar un cargo por el exceso en el que incurran sus clientes con respecto al límite de crédito otorgado en sus tarjetas de crédito) (118).

## VII. Algunas reflexiones conclusivas provisorias del análisis jurisprudencial

El muestreo de la jurisprudencia me lleva a las siguientes reflexiones:

a) Los jueces argentinos analizan la responsabilidad de las entidades bancarias sobre la base de su carácter profesional y, consecuentemente, con los efectos previstos en el art. 1725 del CCyC, que recoge el texto y la experiencia judicial del art. 902 del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield.

b) La tendencia jurisprudencial que aplica la teoría del riesgo creado a la res-

ponsabilidad civil en cabeza de los bancos cuando terceros son autores de delitos informáticos que usan como instrumento a los servicios bancarios se justifica, porque:

- La magnitud de la digitalización desarrollada en el mundo financiero es positiva para el público en general y genera beneficios especiales para las empresas bancarias; no obstante, crea peligros que se magnifican en las personas que no dominan las nuevas tecnologías.

- Se vive en un mundo bancarizado; a través de estos servicios se pagan sueldos, se compran servicios de todo tipo.

- La actividad financiera legal está monopolizada por estas entidades; o sea, al consumidor no le queda otro remedio que entrar al sistema o está fuera del mundo.

c) El Estado colabora con los consumidores imponiendo a los bancos sistemas de seguridad a través de disposiciones reglamentarias (entre otras, la emitida por el Banco Central de la República Argentina, Texto Ordenado de los “Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras”, Comunicación A 6017). Dadas las permanentes nuevas formas de ilícitos cometidos por terceros, es necesario que estas normas no solo se cumplan por parte de las entidades financieras, sino que el Estado haga seguimiento y modifique lo que sea necesario.

c) La responsabilidad objetiva de las entidades financieras no genera automáticamente la aplicación de daños punitivos si no se verifican conductas que impliquen trato desaprensivo a los derechos de los consumidores.

d) La liquidación de los montos de condena sigue siendo un problema de difícil solución. Los tribunales que aplican criterios matemáticos tampoco evitan totalmente la discrecionalidad, pues las fórmulas se integran con pautas variables. Cualquiera sea el método, en las últimas decisiones, se observan montos altamente significativos cuando se sanciona a las entidades bancarias.

e) Thomas Jefferson, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos, habría escrito en 1802 en una carta, formalmente desaparecida, dirigida a Albert Gallatin, secretario del Tesoro:

“Pienso que las instituciones bancarias son más peligrosas para nuestras libertades que ejércitos enteros listos para el combate. Si el pueblo americano permite un día que los bancos privados controlen su moneda, los bancos y todas las instituciones que florecerán en torno a los bancos privarán a la gente de toda posesión, primero por medio de la inflación, enseguida por la recesión, hasta el día en que sus hijos se despertarán

(98) Ver, de mi autoría, “Responsabilidad de los bancos hacia sus clientes por información incorrecta en la contratación sobre títulos de la deuda externa argentina (¿Puede un inversor ser un consumidor?). Homenaje a Mosset Iturraspe”, UNL, Santa Fe, 2005, p. 261; R.D.P.C., Rubinzal Culzoni, 2005-3, *Contratos bancarios*, p. 81; Jornadas Ítalo-Argentinas de Derecho, Alveroni, Córdoba, 2006, p. 490; “Trattato della responsabilità contrattuale” (Dir. G. Visintini), Padova, Cedam, 2009, volume secondo “I Singoli contratti”, p. 831; “El consumidor, concepto. Modificaciones introducidas por la ley 26.361”, en *Resoluciones Alternativas de Conflictos en la Crisis de la Empresa y el Consumidor, Homenaje a Junyent Bas*, Lerner, Tucumán, 2010, p. 233.

(99) CNCom., sala D, 03/04/2018, JA 2018-II-274; con nota de ARIAS, María P - QUAGLIA, M., “La tute-

la al consumidor en el ámbito de servicios financieros”, TR LALEY AR/JUR/9054/2018.

(100) CNCiv., sala D, 22/9/2010, RCyS, año XIII, nº 7, jul. 2012, p. 140 (revocó la multa impuesta en primera instancia).

(101) J.Civ. Huinca Renancó, 08/06/2022, TR LALEY AR/JUR/86566/2022.

(102) CCiv. Neuquén, sala III, 11/12/2013, RCyS, año XVI, nº 2, feb. 2014, p. 85, con nota de QUAGLIA, Marcelo Carlos, “Un nuevo fallo sobre ‘salideras bancarias’”.

(103) CNCom., sala A, 25/11/2021, TR LALEY AR/JUR/204546/2021.

(104) CCiv. y Com., Rosario, sala I, 11/09/2018, “Gómez Gustavo Néstor c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ daños y perjuicios”.

(105) CNCom., sala B, 16/09/2021, TR LALEY AR/

JUR/141882/2021.

(106) CNCom., sala B, “Caimi, Gabriela Silvana c. Banco Santander Río S.A. s/ sumarísimo”, 17/12/2019, TR LALEY AR/JUR/53473/2019.

(107) CNCiv., sala G, 2/5/2016, ED 269-119.

(108) JNCom. Nº15, 03/08/2022, TR LALEY AR/JUR/101690/2022.

(109) J.Civ. Huinca Renancó, 08/06/2022, TR LALEY AR/JUR/86566/2022.

(110) JNCom. Nº15, 03/08/2022, TR LALEY AR/JUR/101690/2022.

(111) CNCom., sala C, 20/10/2015, ED 265-280.

(112) CNCom., sala A, 29/12/2020, TR LALEY AR/JUR/68076/2020.

(113) CNCom., sala B, 31/08/2021, TR LALEY AR/JUR/130862/2021. El banco no reconoció al actor su calidad de administrador de consorcios y, consecuen-

temente, no le permitió operar con las cuentas de los consorcios, no le entregó las chequeras, ni las tarjetas de débito y luego le informó erróneamente que existían cheques rechazados, siendo que estos no habían sido librados por el actor.

(114) CNCiv., sala D, 13-7-2021, ED t. 293, TR LALEY AR/JUR/108859/2021.

(115) CNCom., sala C, 11/07/2022, TR LALEY AR/JUR/94898/2022.

(116) CNCom., sala C, 24/08/2022 TR LALEY AR/JUR/110837/2022.

(117) CNCom., sala A., 24/06/2021, “Acevedo, María Belén c/ Banco Santander Río S.A. y otro s/ ordinario”.

(118) CNCom., sala C, 02/08/2018, LA LEY, 2018-E, 363, TR LALEY AR/JUR/42816/2018; ED 279-271.

sin casa y sin techo, sobre la tierra que sus padres conquistaron" (119).

Quizás, un buen instrumento para ayudar a que la premonición no se haga realidad

(119) Ver, entre tantas otras citas de Internet, GARCÍA IBAÑEZ, Andrés, "Jefferson y los bancos", [https://www.diariodealmeria.es/opinion/articulos/Jefferson-bancos\\_0\\_471253411.html](https://www.diariodealmeria.es/opinion/articulos/Jefferson-bancos_0_471253411.html)

puede ser un sistema estricto y severo de responsabilidad civil.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3703/2022

www.diariodealmeria.es/opinion/articulos/Jefferson-bancos\_0\_471253411.html

### Más información

**Noble, Ignacio**, "La conducta procesal del proveedor y su incidencia en la determinación del daño punitivo", SJA 03/06/2022, 1, JA 2022-II, TR LALEY AR/DOC/3472/2021  
**Panozzo, Octavio R.**, "Aplicación de daños punitivos en el ámbito laboral", LA LEY 30/03/2021, 8, DT 2022 (enero), 153, TR LALEY AR/DOC/717/2021

### Libro recomendado

**El Nuevo Derecho del Consumidor**  
Autor: Stiglitz, Gabriel A.  
Director: José Sahián  
Edición: 2020  
Editorial: La Ley, Buenos Aires

## Nota a fallo

### Impuesto a la ganancia mínima presunta

**Fideicomiso de construcción al costo. Ausencia de capacidad contributiva. Informe contable. Prueba pericial.**

1. - La resolución de la AFIP que determinó de oficio la obligación tributaria aplicada a un fideicomiso en el impuesto a la ganancia mínima presunta debe ser revocada, pues de los términos del contrato se puede colegir que en el caso se trata de los denominados "fideicomisos de construcción al costo", que es una modalidad en la que todo lo que van invirtiendo los fiduciarios es aplicado a la construcción del edificio. Por consiguiente no existe capacidad contributiva, ya que el total de los montos

aportados son iguales al costo del emprendimiento. [1]

2. - Debe ser revocada la determinación de oficio del impuesto a la ganancia mínima presunta practicada respecto de un fideicomiso, pues del informe contable se desprenden los orígenes de los fondos por períodos y a qué fueron aplicados; como asimismo el total de los montos aportados por los beneficiarios que fueron aplicados al pago de la tierra y ejecución de las obras. Es decir, la totalidad de los aportes fueron iguales al costo del emprendimiento; no existiendo remanentes de fondos a aplicar.
3. - Los agravios del Fisco se limitan a sostener que la prueba pericial no resultaba idónea para acreditar la falta de ganancias, por cuanto carecía de libros rubricados. No puede soslayarse que la registración contable se llevó de conformidad

con lo establecido en el punto 10, 2.j, del contrato de constitución del fideicomiso, basándose en estados contables que el profesional del Fisco se negó a revisar por no poseer libros rubricados. El Fisco pudo haber impugnado o repreguntado o ampliado los puntos de pericia y, sin embargo, se limitó a restarle todo valor por no contar con los referidos libros. Sin considerar además que, dada la modalidad propia de la operatoria y de conformidad con las constancias de la causa, no existía capacidad contributiva como presupuesto legitimante del tributo, en los términos exigidos por el Máximo Tribunal.

**CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 20/09/2022. - Fideicomiso Gales III (TF 48600-I) c. Dirección General Impositivos/ Recurso directo de organismo externo.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/129667/2022]

### Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 12, "Fideicomiso Torre de las Naciones c. En-Mº Economía (Ley 25063)-AFIP DGI s/ Proceso de conocimiento", 27/04/2015, TR LALEY AR/JUR/24305/2015

### Costas

Por su orden, en atención a la naturaleza compleja de la cuestión (art. 68, segunda parte del Cód. Proc. Civ. y Com.)

Véase el texto completo en p. 11

# Principios constitucionales como límite al poder de imposición del Estado



Luis M. Salas

Abogado (UNT). Profesor adjunto regular de la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas (UNJu). Coordinador titular por el Área Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas (UNJu). Jefe del Departamento Técnico de la Dirección Provincial de Rentas de Jujuy. Vocal del Instituto de Investigaciones Jurídicas del Colegio de Abogados de Jujuy, ejercicio libre de la profesión. Exsubdirector provincial de Rentas y exsecretario de Ingresos Públicos de la Provincia de Jujuy. Fue representante de la Provincia de Jujuy ante el Comité Ejecutivo y Plenario de la Comisión Federal de Impuestos, ley 23.548 y ante la Comisión Plenaria y Comisión Arbitral de Convenio Multilateral.

**SUMARIO:** I. El impuesto a la ganancia mínima presunta grava los activos existentes en un momento determinado.— II. El impuesto a la ganancia mínima presunta es un complemento del impuesto a las ganancias.— III. Los fideicomisos de construcción al costo.— IV. Los principios constitucionales como límite al poder de imposición.

En fallo reciente (1), la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal tuvo que resolver sobre una determinación de oficio practicada por el organismo tributario federal, referida al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, que recayó sobre un fideicomiso de construcción al costo, al rechazar el recurso planteado por la administración fiscal, confirmando el fallo emitido por el Tribunal Fiscal de la Nación.

Para así decidir, tomó en consideración que los agravios esgrimidos por la recurrente se fundaron en derredor de la prueba pericial contable —que en la oportunidad procesal correspondiente no objetó—, por considerarla inapropiada para acreditar la inexistencia de capacidad contributiva del sujeto pasivo del tributo.

La actividad probatoria de las partes, si bien se emparenta directamente con cuestiones instrumentales de los procesos, más que con cuestiones jurídicas de fondo, cobra vital importancia, a la luz del principio de capacidad contributiva, que —en definitiva— es el que termina aplicando el tribunal para resolver el pleito.

Son dos los puntos que la sentencia toma en consideración para rechazar el remedio recursivo: por un lado, se alinea claramente con la caracterización del impuesto efectuada por la Corte en sus precedentes; y, por otro, considera al contrato de fideicomiso como una figura jurídica que, por su naturaleza, no conlleva la posibilidad de generar un rédito, computable a los fines del impuesto.

**I. El impuesto a la ganancia mínima presunta grava los activos existentes en un momento determinado**

La descalificación que la Administración Tributaria hace de la resolución del Tribunal Fiscal se basa en considerar que la ley de creación del impuesto grava los activos que el contribuyente posee al cierre de un ejercicio económico, desvinculando el supuesto revelador de capacidad contributiva de la existencia de una renta o ganancia.

La interpretación que el Fisco hace de la ley 25.063 caracteriza al impuesto a la ganancia mínima presunta como un auténtico impuesto sobre los activos, sin que corresponda establecer la existencia efectiva de una renta. Esta posición fue avalada liminarmente por la Sala B del Tribunal Fiscal de la

Nación (2), aunque luego desbaratada por decisiones posteriores del propio Tribunal, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal e incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Una parte importante de la doctrina (3) fue muy crítica de la interpretación sostenida por el Fisco, arguyendo que tal caracterización implicaría reconocer la existencia de un acto simulado, realizado con manifiesto desvío de poder, para apartarse del compromiso asumido por la Nación en el Pacto Federal del 12/8/1993 y eliminar dicho gravamen.

Sin embargo, tal tesitura encontró adhesión entre las magistradas de la Corte. En efecto, en una paradigmática causa sobre la validez de este impuesto (4), los

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Fideicomiso Gales III (TF 48600-I) c. D.G.I. s/Recurso Directo de

Organismo Externo", 20/09/2022, TR LALEY AR/JUR/129667/2022.

(2) TFiscal, sala B, "Gipsy Traslados Marino S.R.L.",

24/05/2005, TR LALEY AR/JUR/3082/2005.

(3) SPISSO, Rodolfo, "El principio de capacidad contributiva. Derechos y garantías del contribuyente desde

la perspectiva constitucional", ED, 182-1147.

(4) CS, "Hermitage S.A. c. P.E.N. s/proceso de conocimiento", 15/06/2010, Fallos 333:933.

votos minoritarios de las juezas Elena Highton de Nolasco y Carmen Argibay argumentaron que el legislador instauró este tributo sobre la base de considerar que los activos afectados a una actividad económica son potencialmente aptos para generar una renta y estableció, por lo tanto, una imposición sobre ellos que opera coordinadamente con el impuesto a las ganancias.

De manera tal que, admitida la premisa de que el tributo recae directamente sobre activos y no sobre la renta que estos deberían producir, la cuestión a dilucidar consistió en determinar si ese modo de imposición, en la medida en que no tiene en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos por la norma y se desentiende de la existencia de utilidades efectivas, resulta inconstitucional.

Bajo la tradicional fórmula de que no compete al Poder Judicial considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que necesita el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro; concluyeron que el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta no franquea el valladar que suponen las limitaciones constitucionales para crear impuestos o contribuciones, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que el legislador ejerza las potestades impositivas es irrevisable por cualquier otro poder, en tanto constituyen, por aplicación del principio de separación de poderes y de legalidad, un ámbito reservado al único departamento que, de conformidad con la Constitución, se halla habilitado para ejercer tales facultades.

## II. El impuesto a la ganancia mínima presunta es un complemento del impuesto a las ganancias

La contracara de esta mirada sobre el impuesto es aquella que considera que no puede ser admitida otra caracterización que no lo posicione como un tributo complementario del Impuesto a las Ganancias, destinado a optimizar el cumplimiento de este último. Esto surgirá claramente de la exposición que realizó el miembro informante de la Comisión de Presupuesto y Hacienda, el diputado Lamberto, que hizo hincapié en que el sistema tributario de nuestro país presenta un sesgo hacia la imposición que recae sobre los consumos y el trabajo y, en cambio, exhibe una escasa recaudación del impuesto a las ganancias. Para avalar su afirmación dio lectura a "...un listado de empresas que no pagan ganancias y que a partir de ahora sí lo harán", aunque en una posterior intervención, aclaró que ello no significaba que "...esos contribuyentes realicen alguna maniobra ilegal, sino que aprovechan las ventajas de una ley imperfecta" que se pretendía corregir.

El impuesto a la ganancia mínima presunta es un tributo —como su nombre lo indica— que funciona a modo de "piso" o "base" del impuesto a las ganancias. De forma tal que cuando este último se determina, permite que se deduzca del impuesto liquidado.

Es decir que en el funcionamiento "normal" de ambos tributos el impuesto a la ganancia mínima presunta opera como un crédito respecto del impuesto a las ganancias; sin embargo, cuando el impuesto a las ganancias es inferior a la ganancia presumida, deben pagarse ambos.

De forma tal que, sobre todo en contextos económicos inflacionarios, en los que los contribuyentes pueden registrar balances contables positivos, pero igualmente registrar quebrantos impositivos, se genera la obligación de pago del impuesto a la ganancia mínima presunta, que no podrá ser absorbida por la liquidación del impuesto a la ganancia posterior, ocasionando una detracción del patrimonio del sujeto pasivo del tributo, que dista mucho de resultar ajustada a su verdadera situación económica, provocándole una disminución patrimonial de naturaleza confiscatoria y, por ende, inconstitucional.

Esta consecuencia, seguramente no deseada, y otras que produjo el tributo en comentario, cosechó una enorme ola de recomendaciones de distintos foros especializados (5), que solicitaron, sin más, la derogación del impuesto a la ganancia mínima presunta.

A esta altura podría agregar al tradicional aforismo "no aclaren que oscurece" otro que rece: "no corrijan que lo empeoran". En efecto, puede afirmarse que la ley que establece el impuesto a la ganancia mínima presunta no contiene una redacción clara y precisa, circunstancia que demuestra una deficiente técnica legislativa. Para corroborar ese aserto, basta tener en cuenta los debates que se han suscitado acerca de la propia naturaleza del impuesto y de la hipótesis de incidencia que adopta la ley, aspectos elementales que deberían desprenderse con total nitidez del texto legal. En ese sentido resulta ilustrativo agregar que la falta de claridad de las normas examinadas ha generado interpretaciones encontradas sobre tales puntos y, como lógico correlato, conclusiones diversas sobre la validez del gravamen.

En la sentencia que comentamos la Cámara de Apelaciones toma el precedente "Hermitage" y reproduce los argumentos esgrimidos por la mayoría del tribunal cívico, en el sentido de considerar que la creación legal de una presunción "iuris et de iure" sobre la existencia de capacidad contributiva no se ajusta a las previsiones constitucionales.

Si bien la Corte reconoce que, como principio general, no es objetable que el legislador al establecer un tributo utilice la técnica de las presunciones, la necesidad de acudir a estas es admitida por la doctrina y receptada por los ordenamientos jurídicos de diversos países, aunque se ha enfatizado en que, para evitar situaciones inicuas, su uso debe ser limitado a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen. Continúa diciendo el máximo tribunal que la problemática de las presunciones en materia tributaria es el resultado de la tensión de dos principios: el de justicia tributaria y el de capacidad contributiva; y es por ello que "requieren un uso inteligente, concreto y racional". Es en el supuesto de las presunciones denominadas *iuris et de iure* donde la cuestión adquiere "su mayor dramatismo", pues hay veces en que el legislador, "para simplificar", acude al resolutivo método de no admitir la prueba en contrario, cercenando la posibilidad de que el contribuyente utilice, frente a la Administración, algunos de los medios jurídicos de defensa.

En definitiva, la iniquidad de esta clase de presunción se pondría en evidencia ante la comprobación fehaciente de que la

renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no ha existido.

## III. Los fideicomisos de construcción al costo

En este punto adquiere relevancia la conformación jurídica del contribuyente como *fideicomiso*. En efecto, la Cámara de Apelaciones hace hincapié en ello al señalar que en el caso se trata de los denominados "fideicomisos de construcción al costo", que es una modalidad en la que todo lo que van invirtiendo los fiduciarios es aplicado a la construcción del edificio. Por consiguiente, no existe capacidad contributiva, ya que el total de los montos aportados son iguales al costo del emprendimiento.

El 8 de julio de 1989 asumió la presidencia de la Nación Carlos Saúl Menem, quien llevó adelante un programa político y económico que denominó "Reforma del Estado". Según exponían sus propulsores (6), el modelo tenía fundamento en la decisión política de producir la modificación de la estructura económica del país, incorporándolo decididamente y sin matices a una "economía popular de mercado".

Esta determinación implicaría la transformación del Estado promoviendo la inversión productiva y la generación de trabajo. En ese contexto, la iniciativa privada adquiriría el valor de fuerza generadora de la producción y de los intercambios económicos.

El proceso de transformación y reforma debía tener correlato en lo jurídico, creando los instrumentos para que se concrete la idea pregonada. Concebían un ordenamiento jurídico nacido de la "razón práctica", constituido en herramienta jurídica de la transformación que vertebrara desde la Constitución hasta los actos administrativos un sistema integral y coherente, tendiente a implementar la mentada economía popular de mercado.

Más allá de las distancias entre lo pergeñado y los resultados obtenidos, sin duda existió una planificación jurídica como pocas veces se viera, que incluía fuertes reformas en el ámbito público, pero también en el privado; la creación de un régimen para el financiamiento de la vivienda y la construcción fue un eslabón de esa planificación. Puntualmente puso en valor una figura contractual no explotada hasta entonces: El *fideicomiso*.

La ley 24.441, introdujo la regulación sobre *fideicomiso, certificados de participación y títulos de deuda, leasing, letras hipotecarias, créditos hipotecarios para la vivienda y desregulación en materia de construcción*, entre otros, apuntando a generar los instrumentos aptos para facilitar la inversión para la adquisición de viviendas y la construcción destinada a esos fines. Sin duda, la figura del *fideicomiso* fue una de las más utilizadas en este sentido.

Relata Sebastián Varni (7) que este contrato se distingue por la transferencia —o por la obligación de efectuarla— de los bienes que sean objeto de la prestación al fiduciario para que este los administre, de acuerdo con las pautas establecidas por el fiduciante, a favor del beneficiario. Esta transferencia, si bien se considera gratuita, tiene como base el interés en el cumplimiento del encargo al que se obliga el fiduciario.

El *fideicomiso* tiene una estructura que le permitió adaptarse a diversas finalidades (como garantía, inversión, ahorro, administración), lo que favoreció su utilización cada vez más extendida. Aunque, por los mismos motivos, fue objeto de uso con fines fraudulentos, como puede ser en perjuicio de los acreedores o para la evasión impositiva.

Esta flexibilidad fue aprovechada también para fideicomisos públicos, como el previsto por las leyes 26.167, 25.798 y 25.908, de refinanciación hipotecaria —cuya validez fue confirmada por la Corte—, como así también los normados por la ley 25.284, de salvataje de entidades deportivas.

A propósito de la utilización de la figura *con fines de evasión o elusión tributaria*, la modalidad de negocio implicó varios inconvenientes: por empezar, al tratarse de un contrato, carece de personalidad jurídica; solo a partir de 1998, por ley 25.063, se le otorgó personalidad tributaria, conforme el *principio de autonomía del derecho tributario*, al Impuesto a las Ganancias, al Impuesto al Valor Agregado, al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta y al Impuesto sobre los Bienes Personales. Lo propio hicieron las jurisdicciones provinciales, a través de sus respectivos códigos fiscales.

No obstante, más allá de haber obtenido la personalidad tributaria que lo pone en posición de resultar sujeto pasivo del impuesto, esto no necesariamente implica que tenga la virtualidad de producir una renta, sobre todo en la modalidad de fideicomiso de construcción al costo, en la que todo lo que van invirtiendo los fiduciarios es aplicado a la construcción del edificio, resultando que el total de los montos aportados son iguales al costo del emprendimiento.

## IV. Los principios constitucionales como límite al poder de imposición

La conjunción de los dos puntos reseñados precedentemente: La caracterización del tributo como complemento del impuesto a las ganancias y el funcionamiento de la figura del *fideicomiso de construcción al costo*, como una herramienta de inversión que, por su naturaleza, no implica la generación de un rédito, devienen en la desestimación de la pretensión fiscal, por aplicación del *principio de capacidad contributiva*.

Nuestra Constitución Nacional no enumera un listado de "principios" con base en los cuales "el legislador" debe ejercer la potestad que le confiere la norma superior.

La existencia de estos principios que sirven de límite al poder de imposición fiscal surgen de la elaboración doctrinaria y de la aplicación jurisprudencial. Por ello, no siempre son nominados de la misma forma; tampoco respetan una formulación precisa, ya que devienen de la actividad interpretativa sobre artículos o párrafos constitucionales.

En "Fideicomiso Gales", el Tribunal no duda en mencionar el *principio de capacidad contributiva* como el afectado por la estructura del impuesto bajo sospecha de transgresión del límite constitucional.

Siguiendo a Eduardo Bastrocchi (8), podemos decir que la Corte ha tratado

(5) En las XXXV *Jornadas Tributarias* (2005) del CGCE se recomendó que se derogue el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. En las XLIV *Jornadas Tributarias* (2014) del CGCE se recomendó derogar el impuesto a la ganancia mínima presunta. La Asociación Argentina de Estudios Fiscales

en "Lineamientos y Propuestas para la Reforma Fiscal Argentina" (2016) recomendó la derogación del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. El Consejo Profesional de Cs. Económicas CABA, en "Bases y Lineamientos para una futura reforma tributaria" recomienda la eliminación del

Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

(6) MENEM, Carlos - DROMI, Roberto, "Reforma del Estado y Transformación Nacional", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990.

(7) CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HE-

RRERA, Marisa (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

(8) BAISTROCCHI, Eduardo, "Derecho Constitucional Tributario. Máximos precedentes de la CS", La Ley, 2013, t. II.

el *principio de capacidad contributiva* en dos líneas centrales de precedentes: la primera funciona más como un criterio de interpretación respecto de otros principios constitucionales, como el de igualdad o el de razonabilidad, autorizando la creación de distintas categorías de contribuyentes sin tomar únicamente su capacidad contributiva como elemento determinante del hecho imponible; la segunda, en cambio, considera la capacidad contributiva como una garantía en sí misma, señalando que los impuestos se deben corresponder con la capacidad económica de los contribuyentes, a fin que estos puedan cumplir con su obligación tributaria.

(9) CS, "Horvath, Pablo c. D.G.I.", 04/08/1995, Fallos 318:676.

En esta última construcción podemos mencionar lo expresado por el máximo tribunal en "Horvat" (9), indicando que "en tales condiciones la prueba a cargo del contribuyente puede estar, por una parte, orientada a destruir la presunción que la ley contiene y a demostrar que en el período concreto de que se trata ha disminuido o ha desaparecido la capacidad contributiva tomada como base, a los fines aplicar los efectos que el propio legislador ha previsto".

En otra apreciación sobre este principio Spisso (10) señala que el *principio de capacidad contributiva* está implícitamente contenido en la Constitución. Las con-

(10) SPISSO, Rodolfo, "Derecho Constitucional Tributario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 7ª ed.

tribuciones deben ser equitativas; y no lo serían, si no presupusieran una aptitud de pago, es decir, una capacidad económica por encima del mínimo indispensable para una vida digna para el contribuyente y su familia. Exigir un tributo con independencia de la existencia de capacidad económica de los obligados a satisfacerlo implicaría arrasar, lisa y llanamente, con los derechos individuales, incluido el derecho a la vida.

El autor citado precisa el concepto de *capacidad contributiva* como una aptitud de las personas para pagar los tributos, es decir, posesión de riqueza en medida suficiente para hacer frente a la obligación fiscal. Además, advierte que "capacidad económica" no es identificable con "capacidad contributiva", sino que esta viene dada por la potencia económica o la riqueza de un sujeto que supera el mínimo que posibilite

un nivel de vida digno por parte del contribuyente y su familia.

Para terminar, Spisso concluye que no toda situación económica posee aptitud para ser gravada con tributos, sino solo aquellas que ponen de manifiesto la existencia de recursos útiles y escasos que están disponibles a título definitivo. La situación económica de una persona no se manifiesta en un hecho único, sino en varios, existiendo consenso doctrinario en considerar como índices de capacidad contributiva a la renta global, el patrimonio neto, el gasto global, los incrementos patrimoniales (sucesiones, donaciones, premios de lotería, etc.) y los incrementos de valor del patrimonio.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3706/2022

Texto completo de fallo de p. 9

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, 20 de septiembre de 2022.

*Considerando:*

1º) Que, conforme surge de los presentes autos a fs. 143/7 el Tribunal Fiscal de la Nación revocó, con costas, la resolución de la AFIP-DGI mediante la cual se había determinado de oficio la obligación tributaria de la actora en el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta por los ejercicios 2011 y 2012, con más intereses y sanción por omisión.

Para así resolver efectuó las siguientes consideraciones:

a) Del contrato de fideicomiso surgía que el objetivo inmediato era la construcción de un edificio de departamentos en propiedad horizontal en la zona céntrica de la ciudad de Puerto Madryn a través del aporte de recursos propios y que los departamentos se construyeron para ser distribuidos entre los fiduciarios con el fin de uso propio, mediante un sistema de administración al costo (confr. art. 1º).

b) En cuanto a su objetivo mediato se señaló que es la constitución del derecho personal de adjudicación de propiedad a los fiduciarios-beneficiarios en virtud del compromiso de aportes que este asume. Cumplido el plazo o la condición establecidos en el convenio, el Fiduciario efectuará la transmisión de dominio a favor de cada titular de derechos (arts. 2.1; 4.1 y 11).

c) Asimismo, en el art. 2º se aclaró que los fiduciarios beneficiarios son clasificados en dos clases, a saber: clase A, son los propietarios en condominio del terreno que formará parte de los bienes fideicomitidos, transfiriéndose al fiduciario el dominio del mismo sobre el que se construirá el edificio y también los que aportarán el dinero para la adjudicación de las unidades complementarias; clase B, quienes aportarán el dinero para la construcción del edificio y desarrollo de la obra.

d) Por su parte, en el informe pericial se detallaron los montos recaudados por el fiduciario por cada período y el modo en que fueron aplicados. Asimismo, se acompañó el estado de flujo efectivo y el detalle de los orígenes por períodos y a qué fueron aplicados. Específicamente en el punto 3º el perito de la actora señaló que de acuerdo a la documentación puesta a disposición (anexo D) al 31/12/12,

posterior a la entrega de la posesión de los bienes, no existían remanentes de fondos a aplicar.

e) Resultaba oportuno destacar que si bien el perito designado por la actora elaboró conjuntamente los Anexos A a D y G a I, señaló que en atención a que la apelante no llevaba libros rubricados ni confeccionaba estados contables, desconocía si dicha documentación respondía a la universalidad existente o demostraba la totalidad de las operaciones, limitando su opinión a la documentación aportada por aquella. No obstante, resultaba pertinente señalar que tal informe no mereció objeción alguna de las partes y tampoco el Fisco había acompañado otros elementos que acreditaran la existencia de renta.

f) Teniendo en cuenta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Hermitage SA c/PEN s/ proceso de conocimiento" del 15/6/2010 y las circunstancias obrantes en los antecedentes administrativos, debía tenerse por acreditada la inexistencia de ganancias y por ende la ausencia de capacidad contributiva como presupuesto legitimante del impuesto en cuestión, en los términos exigidos por el Máximo Tribunal en el precedente citado.

g) A lo expuesto agregó que la Instrucción 2/2017 dispone que en aquellos juicios donde se encuentre en discusión el tema analizado por los citados pronunciamientos corresponde que el ente fiscal se allane o desista de la acción o en su caso consienta la sentencia.

2º) Que, contra dicha resolución, el Fisco apeló y expresó agravios a fs. 154/166 vta., cuyo traslado fue contestado por su contraria a fs. 172/177.

El Fisco Nacional se agravia de la resolución en tanto el *a quo* consideró que la responsable había demostrado que la renta presumida por ley no había existido. Estima que no es cierto que aquella hubiera acreditado tales extremos.

Afirma al respecto que el hecho de que el informe no mereciera objeción por parte del Fisco en cuanto a su contenido se debe a que en dicha pericia se expresa en forma clara e inequívoca que la apelante no lleva libros rubricados ni confecciona estados contables, lo que lleva inevitablemente a desconocer si la documentación sobre la que los profesionales se han expedido responde a la universalidad existente y/o la que demuestra la totalidad de las operaciones.

Manifiesta en tal sentido que el informe no cuestionado por las partes contiene aseveraciones que resultan determinantes a los fines de concluir que de modo alguno la prueba producida permite tener por acreditada la premisa de ausencia de ganancias que sustenta el decisorio.

Sostiene que el tributo creado por la ley 25.063 grava los activos que el contribuyente posee al cierre de los ejercicios económicos. En dicho contexto el legislador tomó como índice de capacidad contributiva el hecho de la existencia de activos. De ello se desprende que la capacidad contributiva respecto de este impuesto no se vincula con la existencia de renta o ganancias. La única vinculación que el legislador ha querido darles es la expresamente legislada, que consiste en poder hacer uso de la modalidad "pago a cuenta".

Considera que, de acuerdo a la normativa vigente, el presente fideicomiso se encuentra alcanzado por el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta por los activos que conforman el patrimonio fideicomitado, y es el fiduciario quien debe ingresar el tributo en su condición de responsable por deuda ajena.

Manifiesta que resulta determinante la ausencia de registros contables pertinentes en tanto impide emitir opinión en el informe contable sobre los puntos 1 (flujo neto del efectivo del fideicomiso); 2 (modo de aplicación de los fondos); 3 (remanente de fondos sin aplicar) y 4 (si las sumas aportadas fueron aplicadas para obtener la tierra y el posterior desarrollo de las unidades).

Sostiene también que existe diferencia con los precedentes citados en la resolución, dado que en aquellos casos los profesionales contables han podido expresarse sobre la base de un estado de flujo de efectivo no haciéndose mención alguna a la limitación que implica la ausencia de estados contables, como ocurre en el caso de autos.

3º) Que, la cuestión a resolver por este Tribunal se circunscribe a determinar si le corresponde tributar a la actora el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta por los ejercicios 2011 y 2012.

Al respecto, el tribunal *a quo* consideró que resultaban plenamente aplicables al caso de autos los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Hermitage S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Título 5 - Ley 25.063 s/ Proceso de conocimiento" (Fallos: 333:993).

4º) Que, en la mentada causa, el Alto Tribunal tuvo en cuenta que con el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta se había intentado captar la capacidad contributiva de una renta mínima cuya existencia el legislador presumía en términos absolutos, con abstracción de que efectivamente se hubiera generado y, por consiguiente, sin aceptar la posibilidad de una demostración en contrario.

Recordó que, como principio general, no es objetable que el legislador utilice la técnica de las presunciones al establecer un tributo; pero que, para evitar situaciones inicuas, su uso debe limitarse a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen.

Señaló que el tributo bajo examen pesa sobre un universo de actividades heterogéneas —sin consideración a particularidad alguna— y sobre innumerables formas de organización de los recursos humanos; y que el legislador, sin tener en cuenta las modalidades propias que pueden adquirir explotaciones tan diversas, y sin dar fundadas razones para impedir la prueba en contrario, había supuesto —sobre la base de la existencia y mantenimiento de sus activos— que dichas explotaciones, en todos los casos, obtendrían una renta equivalente al 1% del valor de estos.

Entendió que la iniquidad de esta clase de previsión se ponía en evidencia ante la comprobación fehaciente de que aquella renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no había existido.

En definitiva, y atendiendo a las particulares circunstancias de dicha causa —en que la pericia contable producida, y no objetada por las partes, había sido concluyente en cuanto a la inexistencia de una "ganancia presunta", debido a la comprobación de pérdidas durante los períodos objeto de reclamo—, el Máximo Tribunal concluyó que el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura no respeta el principio de razonabilidad de la ley y, por lo tanto, que la norma impugnada era constitucionalmente inválida en su aplicación al caso.

Es así que, de conformidad con la doctrina emanada del Alto Tribunal en el precedente citado, el modo de imposición previsto por la ley 25.063, en la medida en que no tiene en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos en la norma y se desentende de la existencia de utilidades efectivas, debe reputarse inconstitucional siempre que el accionante demuestre que la explotación comercial ha arrojado pérdidas en aquellos períodos fiscales respecto de los

cuales pretende la inaplicabilidad de la norma.

5º) Que, sobre la base de las pautas precedentes resulta pertinente señalar que, conforme surge del acto determinativo, el Fisco consideró que al no probarse en el caso la existencia de pérdidas contables correspondientes a los períodos pertinentes ni que se registrasen quebrantos en la declaración jurada del Impuesto a las Ganancias de los períodos en cuestión, no era aplicable la doctrina sentada por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Hermitage SA", o dicho de otra manera, el contribuyente no había logrado probar que no obtuvo ganancias o utilidades ni que no poseía capacidad contributiva para afrontar el impuesto.

6º) Que, al respecto cabe señalar que del contrato "Fideicomiso Gales III", obrante a fs. 13/27 vta. de las actuaciones administrativas, surge que el objetivo inmediato es la construcción de un edificio de departamentos en propiedad ho-

rizontal en la zona céntrica de la ciudad de Puerto Madryn a través del aporte de recursos propios y que los departamentos se construyeron para ser distribuidos entre los fiduciarios con el fin de uso propio, mediante un sistema de administración al costo (confr. art. 1º);

Asimismo, en el art. 2º se aclara que los fiduciarios beneficiarios son clasificados en dos clases, a saber: clase A, son los propietarios en condominio del terreno que formará parte de los bienes fideicomitidos, transfiriéndole al fiduciario el dominio del mismo sobre el que se construirá el edificio y también los que aportarán el dinero para la adjudicación de las unidades complementarias; clase B, quienes aportarán el dinero para la construcción del edificio y desarrollo de la obra.

7º) Que, de los términos del referido contrato se puede colegir que en el caso se trata de los denominados "fideicomisos de construcción al costo", que es una modalidad en la que todo lo que van invirtiendo los fiduciarios es aplicado a la construcción del edificio. Por consiguiente no existe capacidad contributiva ya que el total de los montos aportados son iguales al costo del emprendimiento.

8º) Que, del informe contable adjuntado a fs. 125/128 se desprenden los orígenes de los fondos por períodos y a qué fueron aplicados; como asimismo el total de los montos aportados por los beneficiarios que fueron aplicados al pago de la tierra y ejecución de las obras. Es decir, la totalidad de los aportes fueron iguales al costo del emprendimiento, no existiendo remanentes de fondos a aplicar.

Cabe destacar en cuanto a esta prueba que, tal como lo puntualiza el perito de la parte actora, los datos fueron tomados de facturas de compras y servicios relacionadas con la construcción, adquisición de materiales y servicios y comprobantes de depósito en efectivo y bancarios (ver pto. 1).

Dicho profesional informó, previamente, a fs. 125 ("Aclaraciones Previas"), que el fideicomiso llevaba las registraciones de la documentación soporte de la actividad de los años 2011 y 2012, generando los balances de sumas y saldos al 31/12/2011 y 31/12/2012, que se adjuntaron como Anexos A y Anexo B respectivamente.

Mientras que el perito del Fisco, por su parte, si bien elaboró en forma conjunta con el de la actora los Anexos A a D y G a I, señaló que en atención a que no llevaba libros rubricados ni confeccionaba estados contables desconocía si dicha documentación respondía a la universalidad existente y/o la que demostraba la totalidad de las operaciones.

No obstante, tal como lo señaló el Tribunal Fiscal, y no fue debidamente rebatido por el Fisco, el informe no mereció obje-

ción alguna y el ente fiscal no aportó ningún elemento que acreditase la existencia de la renta.

En efecto, en atención a las características propias de la operatoria el Tribunal Fiscal destacó que resultaba innecesaria la exigencia de la probanza de pérdidas contables y quebrantos impositivos, tal como lo pretendía la demandada.

9º) Que, los agravios del Fisco en este sentido se limitan a sostener que la prueba pericial no resultaba idónea para acreditar la falta de ganancias por cuanto carecía de libros rubricados. No obstante, no puede soslayarse que la registración contable se llevó de conformidad a lo establecido en el punto 10, 2 j, del contrato de constitución del fideicomiso, basándose en estados contables que el profesional del Fisco se negó a revisar por no poseer libros rubricados.

Cabe señalar al respecto que el Fisco pudo haber impugnado o repreguntado o ampliado los puntos de pericia y sin embargo se limitó a restarle todo valor por el hecho de no contar con los referidos libros. Sin considerar además que dada la modalidad propia de la operatoria y de conformidad con las constancias de la causa no existía capacidad contributiva como presupuesto legitimante del tributo, en los términos exigidos por el Máximo Tribunal (en igual sentido, confr. esta Sala *in re* "Molisur SA (TF 24100-I) c/ DGI", causa n° 10.517/2008, sentencia del 30/09/10).

10) Que, estas cuestiones fueron analizadas por el Tribunal Fiscal y no rebatidas debidamente por el Fisco, razón por la que corresponde confirmar la resolución en los términos del art. 86 de la ley 11.683.

En el caso no se advierte una realidad económica distinta de la intención que tuvieron las partes al celebrar el contrato de fideicomiso al costo y del que no surge la intención de obtener ganancias.

Por lo expuesto, corresponde desestimar el recurso del Fisco, con costas por su orden en atención a la naturaleza compleja de la cuestión (art. 68, segunda parte del CPCCN).

En atención a lo expuesto, *resuelve*:

1) Desestimar el recurso interpuesto por el Fisco Nacional, y en consecuencia, confirmar el decisorio apelado.

2) Imponer las costas de la alzada por su orden en atención a la naturaleza compleja de la cuestión (art. 68, segunda parte del CPCCN).

El Dr. Marcelo Daniel Duffy no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 RJN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Jorge E. Morán. — Rogelio W. Vincenti.

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**<sup>TM</sup>

Información confiable  
que avala sus argumentos.

## TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

Directores: Ursula Basset y Alfonso Santiago



Esta obra  
**contiene**  
**códigos QR**  
con material  
adicional.



**3 Tomos**  
disponibles en  
papel y eBook.

Es una obra relacionada entre el derecho constitucional y el derecho civil. Su temática atraviesa la persona y la familia, con sus derechos individuales, siempre sobre la base de una perspectiva solidaria con un análisis desde la persona más frágil.

Se divide en dos partes: la primera contiene un estudio sobre los aspectos principales de los derechos fundamentales, mientras que la segunda parte analiza los fallos más importantes en cada una de las áreas y las observaciones generales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.



Obtené más  
información sobre  
la obra escaneando  
el código QR

**THOMSON REUTERS**<sup>®</sup>

ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

Thomson Reuters Argentina | LEGAL

Thomsonreuters\_ar

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero  
Editores: Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Flores Candia  
Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Érica Rodríguez  
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.  
Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

TRLaLey

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención  
al cliente:

0810-266-4444