

Mutuo Bancario Pago De Comisiones Nulidad De La Clausula Relacion De Consumo

JURISPRUDENCIA

Mutuo bancario. Pago de comisiones. Nulidad de la cláusula.

Relación de consumo Se modifica parcialmente la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda de nulidad de la cláusula del contrato de mutuo celebrado entre la actora y el banco demandado, pues la comisión impuesta por el demandado resultó violatoria de las normas del BCRA, incurriendo en un ejercicio abusivo del derecho al establecer en un formulario predispuerto y luego en la escritura hipotecaria una cláusula como la cuestionada. En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 10 días de Junio de 2019, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Hugo O.H. Llobera y Carlos Enrique Ribera, para dictar sentencia en el juicio: ?GRANJA JS SRL C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/REPETICION SUMAS DE DINERO? y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera, resolviéndose, plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Debe modificarse la sentencia apelada? Votación A la cuestión planteada el señor juez doctor Llobera, dijo: I. Antecedentes En cuanto a los antecedentes de esta causa sólo enunciaré aquellos que estime necesarios para el tratamiento de los agravios que deben ser considerados. 1. La demanda Las actoras promueven demanda contra la entidad bancaria por nulidad parcial de contrato y repetición de sumas de dinero. En su escrito inicial afirman: * Que recibieron del Banco de la Provincia de Buenos Aires un crédito para financiar de manera parcial la construcción de un edificio por la suma de \$ 2.500.000. * Que el Banco se comprometió al desembolso efectivo del dinero a medida del avance de la obra. * Que el contrato se celebró el 27 de junio de 2013 y unos días después se firmó la escritura de garantía hipotecaria. * Que al momento de la firma de la documentación se anoticiaron que el demandado imponía, como condición adicional, una ?comisión de otorgamiento? o ?comisión de acuerdo?, tal como fue consignado en las cláusulas cuarta y quinta del instrumento acompañado. * Que la cláusula sexta dispuso que sería de \$ 175.000, a desembolsar en cinco pagos anuales. * Que se trata de un interés encubierto que el Banco percibe en cuotas anuales con otra denominación. * Que son empresas locales de la ciudad del Pilar, de pequeña dimensión, originalmente dedicadas al rubro de carnicería y venta de achuras. * Que pensando en la expansión de sus actividades proyectaron esta iniciativa inmobiliaria y que debido a su condición de pequeño usuario financiero no discutieron las condiciones contractuales. * Que, con la obra iniciada y la necesidad de financiamiento, sólo pudieron hacer notar a las autoridades del Banco su disconformidad. * Que poco después de la firma del contrato remitieron una nota a fin de solicitar explicaciones sobre el monto de la comisión cuestionada, haciendo hincapié en la comunicación A 5460 de ?Protección de los usuarios de servicios Financieros? publicada por el BCRA el 19-7-2013, la cual dispuso limitar los abusos de entidades del rubro sobre los usuarios de sus productos en materias de comisiones y cargos. * Que de la lectura del texto surge en forma palmaria la ilegalidad e ilegitimidad de la comisión señalada. * Que el Banco cobró por un servicio no prestado, lo cual resulta injusto e inequitativo antes de la comunicación (BCRA) A 5460, pero también ilegítimo y abusivo después de ella. * Que la comunicación A 5450 del BCRA preserva los derechos de los usuarios y consumidores financieros, constituyendo una aplicación al caso de las disposiciones contenidas en el art.42 de la CN, y los arts. 36 y 37 de la ley 24.240. * Que en los contratos de consumo existe entre las partes una desigualdad objetiva económica, social, profesional y cognitiva; es decir, no hay negociación sino una mera adhesión. * Que, en el caso, la demandada dispuso en forma unilateral dicha cláusula, la cual no estuvo sujeta a discusión ni a la libre convención entre las partes. * Que la accionada nunca le informó el fundamento de la ?comisión por otorgamiento? y tampoco el motivo de su enorme costo. * Que el Banco ha violado su deber de buena fe, pues la cláusula impuesta de manera unilateral por la accionada no representa una prestación de servicio y amplía sus derechos patrimoniales en perjuicio directo de los de su parte, con lo cual resulta abusiva. A mérito de todo ello, piden la nulidad de la cláusula denominada ?comisión de otorgamiento o de acuerdo? y la repetición de las sumas percibidas por el Banco sin causa justa y legítima (fs. 30 a 34). 2. La contestación El Banco de la Provincia de Buenos Aires, se presenta y contesta la demanda. En su respuesta niega los hechos invocados por las actoras. Reconoce que por Resolución 143/2013 de fecha 24 de junio de 2013 acordó un préstamo con las sociedades demandantes, quienes asumieron en forma mancomunada y solidaria el crédito otorgado por un total de \$ 2.500.000 y una vez suscripto el contrato de mutuo se hicieron distintos desembolsos. Señala que las deudoras tenían pleno conocimiento de la comisión establecida, pues fue destallada en la cláusula quinta junto con los vencimientos de las cuotas de pago y, además, la escritura hipotecaria suscripta con posterioridad, el 10 de julio de 2013, también hizo mención a los compromisos y obligaciones

asumidos en el contrato. Explica que se trató de un préstamo de inversión productiva -cupo 2013-, que son los que el BCRA obliga a dar a las entidades financieras, equivalente a un 5% de los depósitos en cartera a plazo fijo, y que se encuentran regulados por el Banco Central de la República Argentina (fs. 136 a 140).

I. La sentencia El fallo rechaza la demanda promovida por Granja JS S.R.L. y Pilar Menudencias S.A. contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Impone las costas a la parte actora y difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (fs. 213 a 216).

III. La apelación Las actoras apelan la sentencia mediante escrito electrónico (13-6-2018 2.24 p.m.). Granja JS S.R.L. expresa agravios (fs. 227 a 229), los cuales son contestados por la accionada (fs. 247 a 251). Menudencias S.A. no suscribió su presentación, por lo cual se declaró desierto el recurso (fs. 245).

IV. Los agravios y sus réplicas

1. Deserción de los recursos La demandada, al contestar el traslado de la presentación efectuada por su contraparte, cuestiona de algún modo que lo expresado constituya en verdad una expresión de agravios al no erigirse en una crítica concreta y razonada del fallo. Entiendo que tales afirmaciones obligan a considerar si ello amerita una declaración de deserción del recurso. Cabe recordar que expresar agravios es, conceptualmente, ejercitar el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que causara (causas n° 33.129, 1-11-2018, RSD 126; n° 109.136, 30-3-2010, RSD 67; D-1462-6, 16-12-2014, RSD 192; SI-12973-2015, 2-7-2018, RSD 82; entre muchas otras). Bajo la óptica adoptada, el tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por tanto son insuficientes como fundamento del recurso (doc. arts. 246 y 260 del Código Procesal en lo Civil y Comercial, en lo sucesivo CPCC). Entiendo que la facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, en forma arbitraria, se afecte el derecho de defensa del recurrente. De la lectura de los argumentos brindados por la actora, advierto que en principio se refieren en forma concreta a la sentencia, a las constancias de autos y a la legislación aplicable para apoyar su reclamo, razón por la cual, estimo debe tenérsele por cumplida la obligación del art. 260 del CPCC. En razón de lo dicho y de compartirse este criterio, cabe rechazar el pedido de deserción, con costas a la demandada vencida. A mérito de ello, he de proceder al análisis de los agravios vertidos.

2. Los agravios

a. El planteo La demandante Granja JS S.R.L., sostiene que la sentencia le causa agravio porque la Magistrada resolvió desestimar la acción. Para sustentar su recurso argumenta:

- * Que lo decidido no responde a la realidad de lo expresado y fundado en la demanda ni con las normas aplicables en materia de derecho de consumo.
- * Que no desconoce que el contrato fue firmado el 27 de junio de 2013 y que la Comunicación A 5460 citada es de fecha posterior, pero debe considerarse que produjo por un cambio jurídico; es decir, la creación, modificación o extinción de una situación o relación jurídica, que produzca un estado jurídico que antes no existía.
- * Que dicha comunicación, constituye una norma de carácter declarativo de derechos, que hacen una constatación sobre legalidad o legitimidad en una relación jurídica, y tiene por finalidad poner fin a una situación incierta o controvertida.
- * Que la Comunicación A 5450 del BCRA como todas las normas publicadas por este organismo que tienen la función de preservar los derechos de los usuarios y consumidores financieros, son en definitiva una "aplicación", a la actividad concreta, de lo que dispone el art.42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240, especialmente en lo referido a las cláusulas y condiciones abusivas (art.8 bis, art.36 y 37 y ccs. de la ley 24.240).
- * Que se encuentra probado que la cláusula que le fue impuesta siempre fue abusiva, en los términos del artículo 37 de la ley 24.240 y la comunicación señalada no hizo más que poner blanco sobre negro respecto de la cuestión del caso.
- * Que el análisis de la nulidad planteada debe enmarcarse en el ámbito de la ley de defensa del consumidor, 24.240.
- * Que la demandada tenía la obligación procesal de poner a disposición los libros y registros donde quedara constancia de los gastos que le irrogó el otorgamiento del crédito y en lugar de acceder a su obligación procesal, visto con la perspectiva de la aplicación del principio de las cargas dinámicas de la prueba, se limitó a ocultar toda información que ayude a probar que el exorbitante monto de comisión hubiese tenido algún fundamento.
- * Que la Sentenciadora debió juzgar dicha conducta en los términos del artículo 338 y siguiente del CPCC.

Reitera los restantes fundamentos expuestos en el escrito inicial y solicita que se modifique la sentencia, y se haga lugar a la demanda entablada con más los intereses y costas a la vencida. La accionada, contesta los agravios y explica que la Sentenciadora, para desestimar la demanda, le otorgó preponderancia a la Comunicación A 5380 del BCRA, dado que tal comunicación emanada del Órgano Rector, es la normativa aplicable a la Línea de Créditos para la Inversión Productiva. Destaca que esta línea crediticia (cupo 2013) es la que vinculó a las partes y en el marco de la cual la demandada cuestiona de manera equivocada la comisión cobrada. Indica que la comunicación, aplicada al caso, estableció la "comisión de acuerdo" y la fijó en un 2%, la cual debía ser percibida en esta operatoria, siendo igual para todas las entidades financieras alcanzadas por la normativa citada. Hace hincapié en que el porcentaje de esta comisión no fue establecido de manera unilateral por su parte, sino que era el único porcentaje posible en virtud de lo establecido por el BCRA, y que no resulta abusiva, en tanto es idéntica para todas las entidades alcanzadas por la norma. Refiere que, si bien la circular que menciona la apelante no admite aquellas comisiones y/o cargos por servicios financieros no solicitados, o aquellos que habiéndolo

sido no se hayan prestado de manera efectiva, la comisión ventilada en autos es una ?comisión por acuerdo?, la cual se refiere a la disponibilidad de dinero a favor del cliente, de fondos provenientes de créditos; es decir, obedecía a un servicio efectivo prestado por la Institución. Dice que no todas las operaciones crediticias bancarias se encuadran en la ley 24.240, como pretende la actora. Cita el fallo de nuestra Suprema Corte, C. 95.758, del 9 de diciembre de 2010, ?Volpe José c/ Bapro s/nulidad?. Señala que, aún, cuando pueda considerarse de aplicación la LDC, el cobro de la comisión no fue abusivo, pues no desnaturalizó las obligaciones de las actoras, ni amplió los derechos de su parte. Explica que, tal cargo ha sido en concepto del servicio de caja prestado por la Institución, conforme a los desembolsos pactados, los que se encontraban supeditados a los avances de obra del emprendimiento inmobiliario iniciado por las actoras. Argumenta, que se equivoca al sostener que el cobro de la comisión no se corresponde con ningún servicio recibido del Banco, pues tuvo la disponibilidad de las sumas que le fueron acordadas en préstamo. Entiende que, no pueden realizarse objeciones a su conducta ni cuestionarse su buena fe contractual. Pide que se confirme en todos sus términos la sentencia apelada, con costas.

b. El análisis i. El derecho aplicable Para determinar el derecho aplicable cabe tener presente los hechos relatados por las partes, el tiempo en que ocurrieron y los términos en que la situación tuvo lugar, como así también la incidencia que en el caso tenga la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) en vigencia a partir del 1-8-2015 (ley 27.077 en el art. 7º, 2º párrafo), en adelante CCCN, establece que ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.? La Ley de Defensa del Consumidor y el CCCN en su Libro Tercero, Título III, regulan lo que la Constitución Nacional en su artículo 42 denomina relación de consumo. El sistema normativo de protección al consumidor ha incidido de modo transversal en un muy vasto sector del ordenamiento jurídico de carácter patrimonial, alterando los efectos ordinarios que se producían con anterioridad a su entrada en vigencia. Las normas en cuestión afectan la aplicación de otras del derecho civil, comercial y procesal, para comprenderlas e integrarlas de un modo sistemático, lo cual ha de hacerse conforme las pautas que brindan los arts. 1094 (Interpretación y prelación normativa), 1095 (Interpretación del contrato de consumo) del CCCN y 3 de la LDC. En distintos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la finalidad de la LDC consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto inter-normativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional (CSJN., causas C.745.XXXVII., ?Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", 21-3-2006, "Fallos" 329:695; ídem, F.331.XLII; ídem, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. - FEMEDICA- c/ DNCI - DISP 1270/03", 18-11-2008, "Fallos" 331:2614, disidencia del doctor Maqueda.? En el mismo sentido la Suprema Corte provincial en la causa n° 115.486, del 30-9-2014, ?Capaccioni, Roberto Luis contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor?, resolvió que ?(...) La normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución Nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio art. 1º de la ley 24.240, texto ley 26.361 así lo expresa terminantemente: ?la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario' (SCBA, LP, C 117.760, S 01/04/2015 ?G, A. C. contra "Pasema S.A." y otros. Daños y perjuicios?, JUBA). Y que ?(...) una relación de consumo no conforma una relación exclusivamente patrimonial sino que en ella hay una concepción particular de la sociedad y del mercado, cuyo modelo de contrato no es el concebido por el Código Civil ni por el Código de Comercio, sino que en estos la relación se teje entre fuertes y débiles, entre satisfechos y necesitados (...)? (SCBA, LP, C 117.245, S 3-92014, ?Crédito para todos S.A. contra Estanga, Pablo Marcelo. Cobro ejecutivo?; JUBA). Se advierte en todo lo dicho que un vínculo jurídico puede hallarse comprendido bajo el régimen general de responsabilidad derivada de los contratos, o bien bajo las específicas del sistema protectorio del consumidor, por el cual se procura restablecer el equilibrio entre las partes en una relación que, por su naturaleza muestra al consumidor como su parte débil frente a quien se caracteriza por su profesionalidad en la producción, importación y/o comercialización de un bien o servicio, con las ventajas que el conocimiento a su respecto le reporta.

Todos los contratos bancarios, en tanto sean celebrados con consumidores, se rigen bajo las disposiciones relativas a los contratos de consumo. Es decir, cuando el cliente es una persona física o jurídica que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa bienes o servicios (bancarios) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Pues, la cuestión reposa en la finalidad de la adquisición o utilización del bien o servicio. Se ha afirmado que en el derecho comparado, para favorecer la determinación de quién es consumidor, en materia bancaria, se establece que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo

son aplicables a los contratos bancarios cuando éstos se relacionan con un objeto extraño a la actividad empresarial, comercial o profesional del cliente, de acuerdo a la finalidad declarada por éste y expuesta en la documentación contractual ...? y que bajo esa apreciación estaría ínsita en la directiva que traza la previsión del art. 1379 (CCCN), que exige que en tales contratos se debe "indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial"; incluso en la publicidad, en la propuesta negocial y en la documentación contractual (Ricardo Lorenzetti, "Código civil comentado", tomo VII, pág. 250 a 251). Esa ajenidad parece ser la que ha tenido en miras nuestra Suprema Corte al resolver en la causa C 95.758, caratulada "Volpe, José contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Nulidad, repetición y compensación", en el cual se hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revocó el pronunciamiento atacado en relación a la tasa de interés fijada. En el fallo apuntado el Superior decidió que "En las operaciones activas, el cliente es destinatario final cuando se trata de créditos para consumo, hipótesis contemplada en el art. 36. No es predicable tal situación, en principio, cuando los préstamos se aplican en orden al desarrollo de alguna actividad productiva o de comercialización excluida del ámbito de la ley 24.240... En la especie, los contratos de mutuo con garantía hipotecaria celebrados ... no tuvieron por destino el consumo final del mutuario o su grupo familiar o social. Antes bien, ellos fueron celebrados con destino al "incremento del capital de trabajo", a la "cancelación del descubierto en su cuenta corriente", a atender el "descuento de cheques de terceros postdatados -documentos y valores descontados", la "evolución, ampliación de acuerdo, involucrando deuda en curso" y o bien "refinanciación y reprogramación de vencimientos y/o exigibilidad de deudas...? Y también se tuvo en cuenta que al solicitarse el préstamo se lo hizo para "...un mejor desenvolvimiento de su actividad y para culminar con las instalaciones y equipamiento del moderno taller que se encuentra elaborando...?". Asimismo, expreso la Suprema Corte, que aún admitiendo en el caso que la cuestión perteneciera al ámbito regulatorio de las relaciones de consumo "... la descalificación genérica de las tasas de interés y la solución dispuestas por el a quo, carecerían igualmente de sustento?". Así lo entendió por cuanto la revisión contractual ya sea con fundamento en los arts. 21, 656, 953, 954 y 1071 del Código Civil o "recurriendo a las pautas establecidas por la ley 24.240, supone la previa comprobación del carácter excesivo o abusivo de las tasas de interés cobradas por el Banco demandado. Dado que la cuestión radicaba en determinar si ha mediado abuso de derecho en la aplicación de las tasas de interés, o si se ha verificado una desproporción en las prestaciones o el aprovechamiento de un estado de necesidad, previamente debió determinarse, a la luz de los elementos probatorios de la causa, la existencia de los hechos y circunstancias que demostraran la configuración de algunos de estos supuestos (conf. dictamen del Procurador General que hace propios, in re "Ingeniería Industrial del Norte S.R.L. v. Banco Comercial del Norte", sent. de 18-IV-1989, Fallos 312:545).? Como se verá la doctrina expuesta por el Máximo Tribunal provincial, que en parte sigue la vertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta de plena aplicación al caso de autos. Para arribar a tal conclusión tengo en cuenta que las sociedades actoras, afirmaron en la demanda que se dedican al rubro carnicería y venta de achuras y dijeron que "pensando en la expansión de sus actividades proyectaron esta iniciativa inmobiliaria". Según lo consignado al efectuar la evaluación del préstamo de dinero (fs. 38), el mismo tuvo por finalidad financiar la construcción de un edificio de planta baja y tres pisos, con estacionamiento y local comercial. Más allá de la opinión que se tenga sobre qué debe entenderse por "destinatario final", en el cual el objeto adquirido o usado, llega al último punto su ciclo económico, tal expresión impone el límite del sistema protectorio, y en este sentido cabe atenerse a la doctrina de la Suprema Corte, expresada en el mentado caso "Volpe". Por ello, teniendo en cuenta la finalidad del derecho de protectorio en cuestión y el destino del crédito solicitado por las actoras, a la entidad bancaria, según el criterio del Tribunal Superior provincial en el antecedente mencionado, cabe concluir que el presente caso no encuadra en las disposiciones de la Ley de Defensa al Consumidor ni en los arts. 1092 y siguientes del CCCN. En consecuencia, la cuestión ha de resolverse por aplicación de la ley vigente al momento en que se gestó y desarrolló la relación contractual entre las partes, es decir, por los arts. 21, 953, 954 y 1071 del C. Civil (art. 7 CCCN); y en lo pertinente por el Código de Comercio, en tanto corresponda. Bajo tal normativa se analizarán los términos contractuales y deberá determinarse si ha mediado abuso de derecho en la aplicación de la comisión objetada. ii. La nulidad de la cláusula en concepto de comisión. La controversia se centra en determinar si, la cláusula que dispuso el pago de la comisión de acuerdo, es abusiva o nula, y si la entidad bancaria se encontraba autorizada por el Banco Central a su percepción, según las normativas dictadas al efecto. Se aprecia que en la cláusula quinta del contrato de mutuo se consignó la "comisión de acuerdo" por la suma de \$ 175.000 y se especificaron los respectivos vencimientos de las cuotas (fs. 7 a 12). Además, la escritura hipotecaria suscripta con posterioridad -10-7-2013- (fs. 13 a 23), también hizo mención a aquella al dejar establecido que "la operación devengara la siguiente comisión: 2% anual sobre saldo de capital adeudado pagadera en forma adelantada en cinco periodos" (fs. 15). La primera cuestión que cabe señalar es que tal como lo decidiera la Magistrada en su sentencia, la Comunicación BCRA "5460", resulta inaplicable al caso por cuanto ha sido emitida por el organismo de contralor con posterioridad a la concertación del mutuo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes. Además, dicha norma está referida a "... las personas físicas y jurídicas que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de

destinatarios finales hacen de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados...? (BCRA 5460, 1.1.1) siendo estos últimos, entre otros, las entidades financieras (ídem, 1.1.2.1). Es decir, el sujeto protegido es el consumidor, concebido en los términos del estatuto protectorio (LDC, art. 1; art. 1092 y CCCN). En consecuencia, la decisión apelada no resulta cuestionable en cuanto excluyó la comunicación BCRA ?A? 5460 para la resolución del caso bajo juzgamiento. Respecto de la Comunicación BCRA ?A? 5330, que regula la ?Línea de créditos para la inversión productiva? (fs.124 a 132) establecía que la tasa nominal anual podía ser de hasta el 15,25% (Sección 3: Términos y condiciones de las financiaciones, 3.2 Tasa de interés máxima), para el cupo 2013, dentro del cual se incluyó la operación con las actoras (fs.127); dicha tasa debería regir, como mínimo durante los primeros 36 meses. En dicha norma bancaria no se prohíbe el cobro de comisiones a las entidades bancarias por el otorgamiento de esta línea crediticia y tampoco ello figura en la norma antecedente (BCRA ?A? 5319). Aprecio que, en función de ello, la cláusula quinta del referido contrato de mutuo y también en la mentada escritura pública, se señala la existencia de una comisión del 2% anual sobre el saldo de capital adeudado. Teniendo en cuenta ambas cargas del crédito, aplicadas en forma directa, su costo indica un 17,25% nominal anual, entre tasa y comisión. En concreto, el informe del BCRA (fs. 170) señala que, para la línea de créditos, como el obtenido por las demandantes, no existe impedimento por parte de aquella Institución para el cobro de comisiones, vinculadas a la operatoria, tal como lo he mencionado más arriba, pero ello en tanto se trate de ?una suma fija?. Y agrega el Organismo Rector, que ?En tal orden, la aplicación de comisiones y/o cargos debe quedar circunscripta a la efectiva prestación de un servicio que haya sido previamente solicitado, pactado y/o autorizado por el tomador del crédito. No se admite su aplicación en las operaciones de crédito respecto de los importes efectivamente desembolsados o del valor de las cuotas, es decir que incrementen directa o indirectamente las sumas devengadas por intereses compensatorios o punitivos. Se destaca que las comisiones y los otros cargos que se cobren a los clientes beneficiarios de esta Línea, tanto por financiación como por otros servicios, se deben corresponder con las comisiones y los otros cargos que aplique la entidad financiera de ordinario a su clientela?. Tal informe de la autoridad de contralor bancario, no ha sido cuestionada por las partes. En este sentido se advierte que, más allá de si se puede considerar que el mero otorgamiento de un crédito por parte de la entidad bancaria, constituya un servicio al que corresponda un valor adicional a la tasa de interés prevista en el mutuo, lo cierto es que en el caso de la operación acordada con el Banco demandado, éste no ha observado la normativa que al respecto establecía el BCRA. En efecto, con claridad se advierte que la comisión no está configurada por una suma fija, tal como lo informa el BCRA. Por el contrario, se trata de un porcentaje que cobró por el monto desembolsado, que consistió en el 2% anual sobre el saldo del capital adeudado (fs. 15) lo cual implica un incremento encubierto de la tasa del 15,25% (TNAV), máxima autorizada para la operatoria (Comunicación BCRA ?A? 5380 punto 3.2 - fs. 127). Se aprecia, que la comisión impuesta por el Banco en el contrato que vinculó a las partes resultó violatoria de las normas del BCRA, aplicables al caso y en este sentido aprecio que se ha incurrido en un ejercicio abusivo del derecho (art. 1071, C. Civil) al establecer en un formulario predispuesto y luego en la escritura hipotecaria una cláusula como la cuestionada. Por otra parte, la entidad demandada no ha aportado al proceso, tal como se lo impone la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, los elementos que demostrasen haber cumplido con otra de las directivas señaladas por el BCRA, cual ha sido que la comisión percibida era la común para con su clientela en las operaciones como las que nos ocupa, tal como los señala el informe de fs. 170, ante último párrafo. Aún así, ello no purgaría la infracción cometida por el Banco a la normativa aplicable y en perjuicio de las demandantes. El carácter abusivo queda configurado desde mi punto de vista desde que el BCRA estableció una tasa máxima para la Línea de Créditos para la Inversión Productiva (Comunicación ?A? 5380, punto 3.2), autorizando comisiones fijas y vedando aquellas que se configuren como porcentajes sobre ?..los importes efectivamente desembolsados o del valor de las cuotas, es decir, que incrementen directa o indirectamente las sumas devengadas por intereses.? Es claro que, aun más allá de una restricción expresa sobre el modo de calcular las comisiones, resulta de toda evidencia que aplicar bajo tal concepto un porcentaje sobre los valores desembolsados no es sino incrementar la tasa de interés que percibía la entidad demandada. Y, precisamente, dado la finalidad perseguida por la línea de crédito contratada por las demandantes, bajo una política pública de incentivo a la inversión productiva, para lo cual la Entidad reguladora de la actividad bancaria y financiera, estableció tasas máximas, el proceder del Banco accionado ha sido contrario al espíritu de dicha normativa. Y ello ha tenido lugar más allá de la ambigüedad con la cual se ha instrumentado la operación. Y esto lo sostengo por cuanto si bien en el formulario que instrumentó el mutuo se indica ?comisión de acuerdo? una suma fija (\$175.000; ver Cláusula Quinta b) y se ha cerrado el texto del porcentaje sobre el total del préstamo (Cláusula Quinta a), luego en la escritura se plasmó con toda claridad que la comisión era del 2% anual sobre el saldo de capital adeudado, pagadera en forma adelantada en cinco pagos periódicos. El 2% anual sobre el saldo de capital del mutuo (\$ 2.500.000), a restituir en sesenta meses, se corresponde con el valor de la comisión \$ 175.000. Aprecio que el Banco requerido, al incrementar el costo del dinero prestado mediante un porcentaje, bajo el rótulo de "comisión", ha incurrido en un abuso y entiendo que cabe considerarlo así porque, lo prescripto por el BCRA, constituye un claro parámetro de la razonabilidad de una tasa de interés; en especial, bajo un régimen de promoción a la inversión productiva. Y en el caso la autoridad de contralor,

estableció para tal operatoria un tope del 15,25% (TNAV). Cuando se trata de tasas de interés bancarias el BCRA constituye una clara guía para determinar, no sólo el costo real del dinero, sino también para tener en cuenta los lineamientos que se deben observar cuando, por políticas de Estado se crean líneas especiales de financiación, en este caso para el fomento de la inversión productiva. Por cierto, y más allá que el porcentaje de la comisión resulta de la escritura hipotecaria, la entidad demandada tampoco ha justificado el procedimiento utilizado para establecer la suma de \$ 175.000 consignada en la Cláusula quinta b (fs.9), que no sea el aplicar el mentado 2% anual sobre saldo de capital. En relación a la cuestión que nos ocupa cabe considerar que, si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal, cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se halla constituida por pautas jurígenas, distintas de la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual (CNCCom, sala A, 18-10-2007, ?Slatapolsky, Jorge Alberto c. Banco do Brasil S.A.?, La Ley Online. iii. Los alcances de la nulidad La demanda, cuestionando la validez de la cláusula, ha sido planteada por las dos mutuarias (fs. 30) y la sentencia dictada en la anterior instancia rechazó la pretensión. Como lo señalara más arriba a Pilar Menudencias S.A. se le ha declarado desierto el recurso, por lo cual a su respecto la desestimación de la demanda ha quedado firme. De los términos del mutuo no resulta en qué proporción ha recibido cada una de las sociedades el dinero prestado, más allá de que se hayan obligado ante el Banco en forma ?mancomunada y solidaria, conforme disposición de los arts. 699 y siguientes del Código Civil.? Esto último, claro está, es su posición ante la entidad acreedora, pero no hay ninguna constancia respecto a cuál ha sido la medida en que, efectivamente, cada una de ellas ha concurrido para integrar los pagos cuya repetición se demanda. Teniendo en cuenta tales circunstancias aprecio que resulta justo entender que lo han hecho por partes iguales. En consecuencia, la nulidad, que sólo prospera respecto de quien ha mantenido interés en ella, implica que el Banco accionado deberá restituir a apelante exitosa, Granja JS S.R.L. el 50% de la comisión efectivamente percibida. Respecto de esto último del informe pericial contable resulta que el total abonado por comisión al Banco ha sido de \$ 162.500 (fs. 180 y 181). Si bien este dictamen ha sido cuestionado por la parte requerida, quien ha sostenido que sólo percibió \$ 137.500 (fs. 192), no aportó ningún elemento que avalase su postura. Sólo se tuvo presente la cuestión para el momento de dictar sentencia. En esta materia, corresponde atenerse a las conclusiones del informe del perito designado en la causa. Es sabido que el dictamen pericial no es vinculante para el juez. Por ello, podrá apartarse en forma total o parcial de sus términos cuando, tomando en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que fundamenta su opinión, la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica, en su caso las observaciones formuladas por las partes y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, lo lleven a la convicción de que la pericial no reviste la solidez científica para ser tomada como elemento de prueba (CPCC, art.474).

Los peritos son auxiliares de la justicia cuya misión consiste en contribuir a formar la convicción del magistrado quien no está obligado por las conclusiones de la pericial, la cual es sólo un elemento informativo sujeto a su apreciación (ver doctrina sobre el valor de la prueba pericial, SCBA, LP, P 125.564, S 21-6-2018, ?Altuve, Carlos Arturo S/ Recurso de Queja?, JUBA). Sin embargo, ello no significa que pueda apartarse en forma arbitraria de la opinión fundada del perito por ser el profesional idóneo para expedirse sobre cuestiones técnicas y científicas que exceden los conocimientos y competencias del magistrado. El informe pericial podrá ser desechado por el juez en todo o en parte, pero para ello es necesario que invoque razones muy fundadas, por cuanto el conocimiento que tiene el perito sobre su materia específica excede al de quien sólo tiene una formación jurídica. En el caso no advierto inconsistencias ni otras razones que permitan apartarme de lo dictaminado por la experta, por lo que tendré por plenamente válida su conclusión en cuanto al importe percibido por el Banco. Es por ello que, en virtud de la demanda promovida por Granja JS S.R.L., el Banco de la Provincia de Buenos Aires deberá restituírle a ésta dentro de los diez días de quedar firme la presente la suma de \$ 81.250. c. La propuesta Por todo lo expuesto y de conformidad con lo que disponen los arts. 21, 953, 954, 1071, 1137, 1197 y 1198 del Código Civil; arts. 375 y 384 del CPCC, propongo al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia apelada, y admitir la demanda por nulidad de la cláusula quinta del mutuo que vinculó a las partes, instrumentado en el formulario de fs. 7 a 12 y su correlación en la escritura pública (fs.15), en cuanto impone una comisión del 2% anual sobre el saldo del capital adeudado. El Banco demandado deberá restituir las sumas percibidas por el Banco en virtud de la comisión cuya nulidad aquí se decida, con más sus intereses desde el reclamo formulado por la actora mediante su nota del 30-9-2013 (fs. 6) y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que utiliza el Banco de la Provincia de Buenos Aires, para operaciones a 30 días. V. Las costas de Primera Instancia y de la Alzada En virtud de lo postulado en cuanto a la cuestión principal, propongo que las costas de ambas instancias, por la acción promovida por Granja JS S.R.L., exclusivamente sean impuestas a la demanda vencida (art. 68 y 274 del CPCC); manteniéndose la dispuestas en la instancia de origen respecto de la codemandada Pilar Menudencias S.A., al haber quedado consentida la sentencia en cuanto ella se refiere. Por los fundamentos expuestos, voto por la afirmativa. Por los mismos fundamentos, el señor juez doctor Ribera votó también por la afirmativa. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Por lo

expuesto en el Acuerdo que antecede, se modifica parcialmente la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda de nulidad de la cláusula quinta del contrato de mutuo celebrado entre Granja JS SRL y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, condenando asimismo a este último a restituir a dicha actora el 50% de la comisión percibida en virtud de dicha cláusula, esto es la suma de \$ 81.250 (pesos ochenta y un mil doscientos cincuenta), con más sus intereses desde el 30 de septiembre de 2013 y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que ofrecida por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, para operaciones a treinta días. Las costas de ambas instancias, por la acción promovida por Granja JS S.R.L., exclusivamente, se imponen a la parte demandada. Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad legal. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

040868E