

CASO 1

PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL AL PROGENITOR CONDENADO POR EL HOMICIDIO CALIFICADO DE QUIEN FUERA SU CÓNYUGE Y MADRE DEL MENOR.

Descripción del caso (1):

Privación de la responsabilidad parental al progenitor condenado por el homicidio calificado de su ex cónyuge y madre del menor, confirmándose el supuesto previsto en el art. 700 bis del CCivCom.

Sumario:

- 1.-Antes bien, con la vigencia de la nueva normativa que dispone de modo automático la privación de responsabilidad parental por condena penal firme como autor del delito de homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1° CP, art. 700 bis inc. a) CCC), comprobada la existencia de tal condena firme en autos, corresponde sin más declarar la privación de responsabilidad parental solicitada.
- 2.-Mediante Ley 27.363 se incorporó en el capítulo 9 del Título VII del CCivCom., la norma del art. 700 bis, que resulta coherente con el compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir los convenios internacionales que tienen por objeto erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres.
- 3.-Que mediante ley N°27.363 se incorporó en el capítulo 9 del Título VII del código civil y comercial de la Nación, la norma del art. 700 bis, que dispone la privación de modo automático de la Responsabilidad Parental por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de determinados delitos: a) homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género del otro progenitor (femicidio); b)

lesiones previstas en el art. 91 del Código Penal contra el otro progenitor o contra el hijo o hija respecto de quien procede la privación; y c) delitos contra la integridad sexual previstos en el art. 119 del CP contra el hijo o hija de que se trata.

4.-La norma así incorporada resulta coherente con el compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir los convenios internacionales que tienen por objeto erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, como es el caso de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como "Convención de Belem do Para", que dispone la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7).

**Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia de Rosario.
Sala/Juzgado: 19-feb-2018. Partes: I. G. A. c/ L. P. H. O. s/
privación responsabilidad parental**

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados "I. G. A. c/ L. P. H. O. s/ PRIVACIÓN RESP PARENTAL", Expt. N° xxx, que tramitan ante este Tribunal.- De los que resulta que, a fs. 4/8 comparece el Sr. G. A. I., con patrocinio letrado, e interpone demanda de privación de responsabilidad parental contra el Sr. H. O. L.n I., progenitor de su sobrino F. L. I. Postula que F. nació fruto del matrimonio entre la Sra. M. A. I. -su hermana- y el Sr. H. O. L. P. Que su hermana falleció el 27 de febrero de 2012 producto de las puñaladas propiciadas por su cónyuge, el demandado, en su vivienda en la ciudad de Chajarí, provincia de Entre Ríos.

Ante ello, L. P. se encuentra condenado a prisión perpetua por el homicidio de M.A. Que se trata de un caso público y notorio que ha sido publicado en numerosos diarios. Relata que, luego del homicidio

de su hermana, asumió la guarda de su sobrino F. por decisión de la Jueza Interina del Juzgado Civil y Comercial N° 2 de la localidad de Chajarí, Dra. Mónica Liliana Oliveri, en autos caratulados "Coordinadora del CPPNAF, en representación del niño L.n F. – Medidas de Protección ley 9861" Expt. N° 2228/2012. Que, desde ese día, F. vive en la ciudad de Rosario, donde han fijado su centro de vida y donde tiene una vida normal llena del amor de toda su familia. Expone que, dentro de los autos caratulados "I. G. A. y otros s/ Guarda", Expt. N° 2905/2012, en fecha 27 de febrero de 2014, se le otorgó la guarda judicial de F. con la finalidad de su cuidado y crianza, bajo el imperio de la normativa hoy derogada del Código Civil. Refiere que el demandado fue debidamente notificado de su pedido de guarda, y de la sentencia que se la otorga, y no opuso objeciones ni planteos al respecto. Que desde el homicidio de su hermana al presente, el Sr. L. P. no ha realizado intento alguno por contactarse con su hijo menor, ni por medio de sus abogados defensores ni por medio de sus hijos mayores. Todo ello configura la situación de abandono moral por parte del demandado hacia F., colocándolo en una situación de desprotección total que han cubierto con amor y constancia quienes hoy son su familia. Expresa que, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la situación de F. ha variado y, al no permitirse ya la existencia de estas "guardas judiciales", han decidido avanzar en la tramitación de la privación de la "patria potestad" de su progenitor, logrando la declaración en situación de adoptabilidad y solicitando oportunamente las medidas legales correspondientes a la situación del mismo. Que este pedido tiene la finalidad de que F. continúe viviendo en su casa, junto a E. -su conviviente- quien ha sido su "mamá" desde el momento en que llegaron a Rosario y ahora junto a E., su hermana. Considera que, ante la realidad de las circunstancias F. debe seguir viviendo con su familia de crianza, su familia biológica materna. Manifiesta que F. sufrió una privación total del vínculo más profundo que puede tener un ser humano: su madre, que más allá del excelente rol desempeñado por toda su familia, el vacío es inconmesurable. Que

el niño vive con ellos, una familia formada por “padres” y su “hermana”, que luchan por su bienestar y están en función de las necesidades de F. Tal estabilidad fue la que le dio a F. la sensación de formar parte de su familia. Que F. “se siente hoy un I. más”, es así como dibuja a su familia, y les ha manifestado de manera constante y consistente su voluntad de ser su hijo. Refiere que, son ante la sociedad, ante la escuela, los médicos y el mundo entero la familia de F. Todo ello sin desconocer la verdad de su vínculo fraternal con los otros hijos de la mamá de F. y su vínculo filial con la Sra. A.

Respecto del demandado, expone que se encuentra privado de su libertad, condenado a prisión perpetua por el delito de homicidio calificado por el vínculo por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concordia, en fecha 10 de diciembre de 2012. Refiere que el Sr. L. P. es una persona culta y estudiada, es médico psiquiatra. Sabe cuáles son sus derechos y obligaciones respecto de su hijo y asimismo cuenta con un equipo de abogados que le brindan asesoramiento constante. No ha ofrecido ni iniciado un régimen de alimentos, como tampoco un régimen comunicacional. Considera la parte actora, que el Sr. L. P. ha cometido “abandono calificado”, ignorando y descuidando voluntariamente a su hijo. Y que tal desamparo moral y material les dio a ellos la posibilidad de brindarle a F. un hogar y una familia llenos de amor y de cariño. Cita jurisprudencia y ofrece prueba. Impreso trámite de ley conforme normativa vigente a dicho momento procesal, unidos por cuerda los autos conexos (“I. G. A. y otros s/ Guarda”, Expt. N° 2905/2012; e “I. G. A. c/ L. P. H. O. s/ Aseguramiento de prueba, Expt. N° 1943/2014) citado el demandado a comparecer a estar a derecho (fs. 13), no comparece, pese a estar debidamente notificado (fs. 27/28), por lo que mediante providencia dictada el 12 de mayo de 2017 obrante a fojas 30, se declara su rebeldía, la que se notifica oportunamente, como consta a fojas 38/39. Corrido traslado de la demanda (fs. 41), notificado a fs. 44, no contesta el demandado. A fs. 53/54 obra informe socio ambiental practicado por la Lic. en Trabajo Social Liliana Demarco, en el domicilio donde reside el actor junto al

niño F. y a su grupo familiar. A fs. 56/57 constan declaraciones testimoniales rendidas en autos por la Sra. I. F. y el Sr. R. O. N.A fs. 61 obra acta de escucha del niño F. ante la suscripta, en presencia de la Sra. Defensora General actuante. A fs.62/63 obra acta de audiencia celebrada por la suscripta a la que comparecieron la Sra. E. M. y el Sr. G. A. Contesta la correspondiente vista la Sra. Defensora General actuante N° 1, Dra. A. Verdondoni, dictaminando favorablemente a la pretensión demandada. A fs. 66 se agrega informe de la Psicóloga del niño F. Lilian Milicih. A fs. 69/112 constan agregadas copia de la Sentencia N° 77 emitida por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Concordia, Acuerdo N° 78 y Resolución N° 170 oportunamente acompañadas por la parte actora, y reservada en Secretaría copia certificada del sumario penal Exp. N°2824 iniciado el 26/8/2013del Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concordia, Entre Ríos, caratulado "L. P., H. O. s/ Homicidio doblemente calificado por el vínculo y alevosía" (fs. 113).Cumplimentados los trámites de ley, firme y consentido el llamamiento de autos para sentencia (fs. 113/121), se encuentran los presentes en estado de resolver. Y CONSIDERANDO: Que mediante ley N°27.363 se incorporó en el capítulo 9 del Título VII del código civil y comercial de la Nación, la norma del art. 700 bis, que dispone la privación de modo automático de la Responsabilidad Parental por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de determinados delitos: a) homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género del otro progenitor (femicidio); b) lesiones previstas en el art. 91 del Código Penal contra el otro progenitor o contra el hijo o hija respecto de quien procede la privación; y c) delitos contra la integridad sexual previstos en el art. 119 del CP contra el hijo o hija de que se trata. La norma así incorporada resulta coherente con el compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir los convenios internacionales que tienen por objeto erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, como es el caso de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como "Convención de

Belem do Para”, que dispone la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7). Asimismo, desde esta visión legislativa con perspectiva de género, se pretende tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de protegerlos de la violencia que, directa o indirectamente, padecen o han padecido. En efecto, como sostiene Silvia Fernandez, “la violencia importa siempre el ejercicio de cuotas desiguales de poder, pero en el caso de la violencia de género presenta un matiz diferenciado, dado por el contexto de género, que contiene y perpetúa relaciones históricas y performativas de dominación y poder [.] A su turno, estos enfoques toman en particular consideración con el objeto de su visibilización a las llamadas “víctimas colaterales”: hijos e hijas que quedaron sin sus madres como consecuencia del femicidio consumado [.] Estas víctimas invisibilizadas resultan doblemente castigadas: en primer término pierden a sus madres a manos de la acción violenta; en segundo lugar son obligadas a permanecer bajo el cuidado -ejercicio de la responsabilidad parental- del autor del femicidio de su madre [.] La vivencia del asesinato de la propia madre a manos del padre constituye un trauma severo. La situación se vuelve desoladora no sólo porque pierden a su madre sino también a su padre, quien estará ausente, por encontrarse prófugo, suicidado o preso. Es indispensable que el padre que asesinó a su madre quede privado de cualquier decisión y contacto respecto de ellas y ellos” [Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363, en LL, 2017-D , 1015]. En palabras de Ursula Basset, “Esta posición empática y perceptiva respecto de la posición del niño encuentra apoyo en numerosa jurisprudencia de la Corte IDH, en la que la Corte

amplifica la noción de víctima o damnificado indirecto de un ataque a los derechos humanos a un amplio número de familiares de la víctima directa. La Corte entiende que, dado que la identidad es concebida como un fenómeno relacional y familiar, la afectación de un miembro de la familia invariablemente afecta a los demás integrantes [...] tiene que ver con la transversalización de la aplicación del criterio del interés superior del niño. Las relaciones entre adultos y lo que ellos hagan de sus vidas comprometen el espectro de derechos de los niños. Finalmente, la relación de los padres entre sí es la base sobre la cual se apoya el desarrollo integral de la personalidad del niño” [La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial; DFyP 2017 (agosto), 25]. De allí la extrema imposición y en forma automática ante la condena penal por delitos de grave violencia entre progenitores que describe la norma legal. En los presentes se ha acreditado vínculo conforme la copia certificadas de partida de nacimiento a fs. 1 de autos conexos “I. G. A. s/ GUARDA” EXP. N°2905/2012, Y verificado el supuesto previsto en el inciso a) del art. 700 bis del código civil y comercial, ante la acreditación de la existencia de condena penal firme del progenitor del niño, H. O. L. P., por el delito de homicidio calificado por el vínculo, al haber ocasionado como autor, la muerte de su cónyuge, progenitora de F. L.I., por lo que corresponde sin más, atento lo dispuesto por la norma legal, declarar la privación de la responsabilidad del nombrado progenitor respecto de su hijo. Conforme Basset, corresponde que el juez penal comunique al juez civil que prevenga, si hubiera alguna causa abierta respecto de las partes. Caso contrario, debe oficiar al Registro Civil y de Capacidad de las Personas a los efectos de inscribir la privación de la responsabilidad parental. En autos no consta que tal comunicación haya sido remitida. A mayor abundamiento, los presentes se iniciaron bajo el imperio de la normativa anterior a la referida reforma legal, por lo que se fundó en las causales especificadas en el art. 700 CCC, imprimiéndose el trámite procesal conforme la pretensión esgrimida otrora. Antes bien,

con la vigencia de la nueva normativa que dispone de modo automático la privación de responsabilidad parental por condena penal firme como autor del delito de homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1º CP, art. 700 bis inc. a) CCC), comprobada la existencia de tal condena firme en autos, corresponde sin más declarar la privación de responsabilidad parental solicitada. Por consiguiente, con fundamento en lo dispuesto por la norma civil invocada, la base fáctica comprobada, y art. 67 LOPJ; RESUELVO: 1. Hacer lugar a la demanda, y en consecuencia privar de la Responsabilidad Parental a H. O. L. I. D.N.I. N°xxx respecto de su hijo menor de edad F. L. I. D.N.I. N° xxx, en los términos de los artículos 703 y 704 del código civil y comercial de la Nación. 2.- Oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas respectivo, a efectos de proceder a la inscripción de lo aquí ordenado. 3.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto la profesional acompañe constancia de inscripción ante la AFIP debidamente actualizada. Insértese y hágase saber. Dra. M. SILVIA ZAMANILLO (Secretaria). Dra. ANDREA MARIEL BRUNETTI (Jueza).

CASO 2

LA SANCIÓN POR DAÑO PUNITIVO NO PROCEDE SI EL ACTOR ESGRIMÍA LA CUENTA BANCARIA PARA SEGUIR CON EL FUNCIONAMIENTO DE SU EMPRESA.

Descripción del caso (2):

La sanción por daño punitivo no procede si el actor esgrimía la cuenta bancaria para seguir con el funcionamiento de su empresa, por lo cual el vínculo jurídico establecido entre las partes no es una relación de consumo.

Sumario:

1.- Que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal,

que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales.

2.- La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado, surte todos sus efectos, quienquiera que lo haya suministrado.

3.- La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quién no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito

4.- Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración. Esto es: i) que la demandada pueda ser considerada "proveedora"; y b) que el actor, de su lado, se trate de un "consumidor" o "usuario". Sobre el primer extremo, no caben dudas que en líneas generales, toda entidad bancaria se coloca en el rol de proveedor en relación con sus clientes, más allá que sus productos sean adquiridos por "consumidores" o por sujetos que no ostenten esta última calidad (es decir, "no consumidores"). A su vez, respecto del segundo requisito, la respuesta se halla mencionada expresamente en el art. 1º de la ley 24.240 (texto según ley 26.361).

5.- Así, será considerado consumidor cuando "adquiera o utilice bienes o servicios como destinatario final". La noción de "consumidor final", excede luego de la reforma propiciada por la ley 26.361, el plano del elemento subjetivo. En efecto, los criterios que han informado las definiciones de consumidor final se han ordenado entre subjetivos (ratio personae) y objetivos (ratio materiae), de conformidad a si atendían a elementos que denotaban características del sujeto a ser nominado como consumidor -en el primer caso-, o si se rescataban datos de la operación económica, donde se los agrupaba entre los elementos objetivos de la definición.

6.-El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida- con el área de actividad del pretendido consumidor. De este modo, si el bien o servicio adquirido está fuera de dicha área de actividad, debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de 'destinatario final'.

7.- En definitiva, el "consumo final" alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, podemos decir que todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales estarían alcanzadas por la normativa tutelar .

8.- De allí que, a la luz de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la ley 24.240 y sus modificatorias, el vínculo jurídico habido entre los justiciables no puede ser confundido con una relación de consumo, ni al actor como un consumidor final en los términos de la norma. Ergo, en tanto resulta inaplicable el régimen tuitivo de defensa del consumidor, la multa impuesta en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, debe ser rechazada.

9.- Con carácter previo a analizar si las faltas cometidas por la defendida pueden ser merecedoras de la multa impuesta, corresponde determinar si en la especie resulta aplicable el régimen tuitivo concedido a favor de los consumidores. Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.
Sala/Juzgado: B. 11-dic-2017. D' Eramo Fabián Norberto c/
Banco Santander Río S.A. s/ ordinario**

En Buenos Aires, a los 11 días del mes de Diciembre del año 2017, reunidas las Señoras Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdo, fueron traídos para conocer los autos caratulados: " D ERAMO FABIÁN NORBERTO contra BANCO SANTANDER RÍO S.A. sobre ORDINARIO" (EXPTE. N° 29661/2015) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctoras Matilde E. Ballerini, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La Señora Juez de Cámara Dra. Matilde E. Ballerini dijo: I. El Sr. Fabián Norberto D'eraimo promovió demanda contra el Banco Santander Río S.A. solicitando se lo condene al pago de cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y tres centavos (\$53.465,43) con más sus intereses por los daños y perjuicios que alegó haber padecido como consecuencia del cierre de una cuenta bancaria que poseía en la entidad accionada. Asimismo, solicitó la imposición de una multa en concepto de daño punitivo. La sentencia de fs. 288/298 -a cuyos resultandos me remito a fin de evitar innecesarias repeticiones- admitió parcialmente la demanda y condenó al Banco Santander Río S.A. a abonarle al actor la suma de noventa y seis mil trescientos treinta y cinco pesos con treinta y dos centavos (\$96.335,32) con más intereses y costas. Para así resolver el Sr. Juez de Primera Instancia juzgó que, en la medida que el banco accionado no logró demostrar la causal oportunamente invocada para justificar el cierre de la cuenta bancaria de titularidad del Sr. D'eraimo, debía responder por los perjuicios que le ocasionara En punto al importe reclamado por un supuesto débito que habría efectuado la defendida, desestimó la pretensión por no haber impugnado en tiempo propio el resumen bancario correspondiente. En cambio, en virtud de lo informado por la experta contable y las declaraciones testimoniales rendidas, admitió la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante y estableció prudencialmente su importe en la suma de \$26.335,32 con más sus intereses calculados desde la fecha de

celebración de la mediación previa obligatoria y hasta su efectivo pago. También reconoció la suma de \$20.000 (a la fecha de la sentencia) en concepto de daño moral, por considerar que las molestias ocasionadas al accionante como consecuencia del injustificado cierre de su cuenta bancaria resultaban aptas para ocasionarle padecimientos y angustias que debían ser resarcidas. Por último, juzgó que la conducta desplegada por la defendida, al momento de disponer el cierre de la cuenta así como durante el trámite de este proceso, ameritaban la imposición de una multa en concepto de daño punitivo, fijando la misma en la suma de \$50.000 al día del dictado de la sentencia. II. Contra dicho pronunciamiento se alzaron ambas partes. El banco demandado expresó agravios a fs. 314/319, siendo contestados por su contraparte a fs. 321/322. Sus críticas transitan, en sustancia, por los siguientes carriles: a) que el anterior sentenciante hubiera considerado que resultó injustificado el cierre de la cuenta del accionante; b) la fecha en que entendió que se procedió al mismo; y c) las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral, lucro cesante y la multa por daño punitivo. En la medida que el actor no fundó su recurso, a fs. 324 fue declarado desierto. III. En forma previa al análisis de su primera queja, conviene resaltar que los justiciables no han controvertido que el Sr. D'èramo era titular de una cuenta única en la entidad demandada y que ésta fue cerrada por decisión de aquélla. A fin de justificar su proceder, el Banco Santander Río S.A. argumentó (y reitera en su expresión de agravios) que oportunamente intimó al accionante a que acompañara cierta documentación para respaldar las operaciones que se registraban en su cuenta. Relató que, en la medida que el cliente nunca cumplió dicho requerimiento, no le quedó otra opción que proceder en la forma en que lo hiciera. Entiendo que el agravio no debe prosperar. Es que, más allá del indudable esfuerzo dialéctico del apelante, no puede obviarse que -tal como indicó el Sr. Juez a quo-, el banco accionado no acreditó la autenticidad de la carta documento por medio de la cual habría solicitado la documentación mencionada bajo apercibimiento de proceder al cierre de la cuenta (ver

copia a fs. 153). Véase que, ante el expreso desconocimiento por parte del actor de dicha misiva, la defendida debió ofrecer la correspondiente prueba informativa al correo para corroborar la veracidad de la misma y su efectiva notificación. Lo expuesto me induce a recordar que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado, surte todos sus efectos, quienquiera que lo haya suministrado (conf. Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", T. I, pág. 426, Buenos Aires, 1970; Sentis Melendo, Santiago, "Teoría y práctica del proceso" T. III, pág. 200, Buenos Aires, 1956). La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quién no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 242, Buenos Aires, 1958; en igual sentido, CNCom. Sala A, en autos "Giudice, Carlos c/ Astilleros Corrientes S.A." del 25/04/1995). Carga de la que no pudo desatenderse la accionada, ya que en el moderno Derecho procesal se acabaron las reglas absolutas en la materia, por el contrario, predomina el principio de las "cargas probatorias dinámicas", según la cual, se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; no hay preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución justa según la circunstancia del caso concreto (Peyrano Jorge, Chiappini Julio, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", Ed. 107-1005; Peyrano Jorge, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas" La Ley, 1991-B, 1034). Por ello, no habiéndose demostrado la autenticidad de

la carta documento en la cual la defendida habría requerido al actor la presentación de cierta documentación, forzoso es concluir que el cierre de la cuenta bancaria como consecuencia del incumplimiento de aquel supuesto requerimiento resultó injustificado. En consecuencia, se rechaza el agravio. IV. A continuación, la apelante criticó que el anterior sentenciante concluyera que el cierre de la cuenta operó a principios del mes de marzo del 2015 y no el 23/04/2015 como sostuvo su parte al contestar la demanda. Cuestionó que se hubiera dado mayor eficacia probatoria a los testimonios ofrecidos por el actor por sobre lo informado por la experta contable en su informe pericial. No comparto lo expuesto por la recurrente. En primer lugar, cabe señalar que el Sr. Juez a quo no "desprestigió" la tarea de la perito contadora designada en autos. Por el contrario, luego de repasar las diversas pruebas aportadas en autos, concluyó que el banco demandado únicamente habría suministrado cierta información que surgía de su propio sistema informático para procurar demostrar la fecha exacta en que se procedió al cierre de la cuenta de titularidad del acto. Por ello, comparto lo expuesto en el pronunciamiento recurrido respecto a que, en todo caso, la apelante debió procurar aportar mayores elementos probatorios que dieran sustento a su postura. En este sentido, estaba a su alcance ofrecer la producción de una pericia sobre sus sistemas informáticos que permitiera acreditar la veracidad de los datos que emanaban de ellos y que fueran suministrados a la experta contable. Máxime que, en oposición, la actora ofreció diversos testimonios que dieron cuenta de los problemas que detectaron en la cuenta del actor desde marzo de 2015, así como también produjo prueba informativa que resultó coincidente con lo expuesto por dichos testigos (ver fs. 225/225vta, 227vta, 228, 230, 231, 232/232vta, 234vta, 237/237vta, y 238vta). En consecuencia, se rechaza el agravio. Por último, procederé al estudio de las críticas referidas tendientes a cuestionar las indemnizaciones otorgadas) Respecto al lucro cesante, la apelante se agravió porque el Magistrado de la anterior instancia, pese a señalar que no se habría acreditado la existencia de ganancias frustradas,

igualmente admitió la indemnización. Valorada la prueba a la luz del principio de la sana crítica que informa el art. 386 C Pr, juzgo que no asiste razón a la demandada. La pérdida de clientes como consecuencia de los contratiempos padecidos por el cierre de la cuenta bancaria con que operaba el actor fueron satisfactoriamente acreditados con los diversos testimonios brindados en autos (ver fs. 227/227vta, 232/233), así como con la prueba informativa dirigida a las empresas -que otrora contrataran los servicios del Sr. D'eramo (ver fs. 228, fs. 229, fs. 230 y fs. 231) y la pericia contable (ver respuesta al punto h) del actor a fs.259vta).Y si bien es correcto que, a partir de lo informado por la experta contable en su informe pericial (ver respuesta punto e) del cuestionario del actor a fs. 259/259vta), no es posible determinar con precisión cuál era la ganancia neta que obtenía el accionante, el ordenamiento procesal autoriza al Magistrado para que dentro de los parámetros de prudente discrecionalidad que deben orientar la labor judicial en estos casos y siguiendo la pauta rectora del C Pr: 165, pueda suplir dicha omisión. Por todo ello y siendo que no se han expresado críticas concretas con respecto a los parámetros utilizados por el Sr. Juez a quo para fijar la indemnización en cuestión, corresponde desestimar el agravio. ii) En punto al daño moral, la demandada insistió con su rechazo. Adujo que el anterior sentenciante habría presumido su configuración y que no se produjo prueba que permita acreditar su existencia o cuantificarlo. A diferencia de lo sostenido por la apelante, entiendo que en la anterior instancia no se presumió la configuración del daño. Por el contrario, como se expresó en el pronunciamiento recurrido, a partir de los contratiempos y molestias que debió soportar el accionante (cheques rechazados, pérdida de clientes, etc), se juzgó acreditado el daño en cuestión (ver especialmente fs. 296).Consecuentemente, en tanto el monto prudencialmente concedido resulta, a criterio de esta Vocal preopinante, adecuado para resarcir el perjuicio padecido, se rechaza el agravio. iii) Resta ingresar en la crítica referida la multa fijada en concepto de daño punitivo. Entiendo que, con carácter previo a analizar si las faltas cometidas por

la defendida pueden ser merecedoras de la multa impuesta, corresponde determinar si en la especie resulta aplicable el régimen tuitivo concedido a favor de los consumidores. Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración. Esto es: i) que la demandada pueda ser considerada "proveedora"; y b) que el actor, de su lado, se trate de un "consumidor" o "usuario". Sobre el primer extremo, no caben dudas que en líneas generales, toda entidad bancaria se coloca en el rol de proveedor en relación con sus clientes, más allá que sus productos sean adquiridos por "consumidores" o por sujetos que no ostenten esta última calidad (es decir, "no consumidores"). A su vez, respecto del segundo requisito, la respuesta se halla mencionada expresamente en el art. 1º de la ley 24.240 (texto según ley 26.361). Así, será considerado consumidor cuando "adquiera o utilice bienes o servicios como destinatario final". La noción de "consumidor final", excede luego de la reforma propiciada por la ley 26.361, el plano del elemento subjetivo. En efecto, los criterios que han informado las definiciones de consumidor final se han ordenado entre subjetivos (ratio personae) y objetivos (ratio materiae), de conformidad a si atendían a elementos que denotaban características del sujeto a ser nominado como consumidor -en el primer caso-, o si se rescataban datos de la operación económica, donde se los agrupaba entre los elementos objetivos de la definición. Y ello así con motivo de dos órdenes de razones; por un lado las distinciones subjetivas se fueron desvaneciendo de las normas y, por otro, las que permanecieron se interpretan no ya de manera subjetiva, sino objetivamente. El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida- con el área de actividad del pretendido consumidor. De este modo, si el bien

o servicio adquirido está fuera de dicha área de actividad, debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de "destinatario final". En definitiva, el "consumo final" alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, podemos decir que todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales estarían alcanzadas por la normativa tutelar (ver Picasso - Vázquez Ferreira "Ley de defensa del consumidor - comentada y anotada" T. I, págs. 28 y ss, ed. La Ley, Bs. As., 2009). Bajo tales premisas, resulta determinante el hecho que el accionante reconoció expresamente que la cuenta bancaria era utilizada para llevar adelante su giro empresario (incluso solicitó una indemnización en concepto de lucro cesante como consecuencia de su cierre - ver fs. 133vta). De allí que, a la luz de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la ley 24.240 y sus modificatorias, el vínculo jurídico habido entre los justiciables no puede ser confundido con una relación de consumo, ni al actor como un consumidor final en los términos de la norma. Ergo, en tanto resulta inaplicable el régimen tuitivo de defensa del consumidor, la multa impuesta en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, debe ser rechazada. Con tal alcance, se admite el agravio. VI. En atención al modo en que se decide, las costas de esta Instancia se imponen en el orden causado. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo: 1) acoger parcialmente el recurso interpuesto a fs. 301 y, en consecuencia, confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada a fs. 288/298, modificándola exclusivamente respecto de la multa impuesta en concepto de daño punitivo, la cual se rechaza; y 2) distribuir las costas de esta instancia en el orden causado. Así voto Por análogas razones, las Dras. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi adhieren a las conclusiones del voto que antecede. Con lo que se terminó este Acuerdo que firmaron las señoras Jueces de Cámara. Es

copia fiel del original que corre a fs. 1566/73 del Libro de Acuerdos Comercial Sala B. RUTH OVADIA SECRETARIA Buenos Aires, Diciembre 11 de 2017. Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que precede, se resuelve: 1) acoger parcialmente el recurso interpuesto a fs. 301 y, en consecuencia, confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada a fs. 288/298, modificándola exclusivamente respecto de la multa impuesta en concepto de daño punitivo, la cual se rechaza; y 2) distribuir las costas de esta instancia en el orden causado. Regístrese y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN. MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDEROANA I. PIAGGI. MATILDE E. BALLERINI