

ACTIVIDAD BANCARIA Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR (Antes y después de la reforma a la LDC)

Dr. Orlando Muíño

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular de las asignaturas Derecho Comercial I, II y III de la Universidad Nacional de La Rioja. Profesor Titular de la asignatura Derecho Privado VIII en la UNC.

Palabras Clave:

defensa del consumidor,
contratación masiva.

Key Words:

consumer protection, mass
recruitment.

Resumen

La aplicabilidad del régimen tuitivo de defensa del consumidor a la actividad bancaria resulta un tema debatido. Además, los cambios operados tras la reforma impuesta a la Ley de Defensa de la Competencia n° 24.240 mediante el dictado de la Ley 26.631, impuso un nuevo análisis a la cuestión.

Abstract

The applicability of the regime's defense Tuitiva consumer banking is a debated issue. In addition, the changes after the reform imposed on the Law of Competition No 24,240 through the enactment of Law 26,631, set a new analysis to the question.

La aplicabilidad del régimen tuitivo de defensa del consumidor a la actividad bancaria ha resultado un tema controvertido.

Sumado a ello, los cambios operados tras la reforma impuesta a la Ley de Defensa de la Competencia n° 24.240 (en adelante LDC), mediante el dictado de la Ley 26.631, impuso un nuevo análisis a la cuestión.

En efecto, la impronta de la contratación masiva, con las nuevas modalidades de contratación, el poder creciente de ciertas empresas que actúan en el mercado y la publicidad comercial, entre otras variables, nos han colocado frente a un fenómeno característico de nuestra época.

Ello, a su vez, nos ha obligado no sólo a repensar el concepto, la eficacia vinculante y la interpretación del contrato mercantil, sino que, además, ha generado todo un movimiento de carácter mundial tendiente a la defensa de los consumidores (¹).

En ese contexto, en época reciente y luego del tiempo transcurrido desde la sanción de la primigenia Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (²), se ha producido una importante reforma de su preceptiva, mediante el dictado de la Ley 26.631 (³).

Se ha buscado responder (⁴) "a las principales necesidades relevadas de la experiencia en la aplicación concreta de la misma, como a las nuevas necesidades del país y del extranjero en la materia".

El objetivo principal perseguido es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, para establecer una situación de equidad y de equilibrio que, se entiende, es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado.

¹ Cfr. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, pág. 245, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

² Sancionada el 22/9/1993 y promulgada parcialmente el 13/10/1993.

³ Sancionada el 12/3/2008 y promulgada por decreto 565/2008, del 3/4/2008, y publicada en el B.O. del 7/4/2008.

⁴ Cfme. Proyecto 1061-D-2006, cuyos fundamentos pueden consultarse en Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias de 2006, Comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, orden del día 306, impreso el 26/5/2006, p. 11 y ss.

En efecto, las normas "protectorias" del "derecho del consumidor" –por su calidad de orden público, según definición de la propia ley- actúan "recortando" o "acotando" la autonomía de la voluntad, para evitar que el negocio que concierten los individuos, y que da nacimiento a un "acto de consumo", pueda desnaturalizar aquellas normas de vigencia preeminente. Esa es, cabalmente, la operatividad del orden público: no se desconoce el contrato, que es, sin duda, la cantera más rica que sirve de vehículo a la satisfacción de las necesidades económicas del hombre. Sólo se "regula" esa libertad contractual para que se ejerza sin exceso, sin lesión de determinados intereses connotados por el "bien común" (5).

REGIMEN DE LA LEY 24.240. ENCUADRE.

La legislación originaria (24.240) caracterizaba (6) al "contrato de consumo", como el celebrado a título oneroso entre un consumidor final –persona física o jurídica-, con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social.

Al referir a los *contratos de consumo* no se está significando un tipo contractual determinado, sino que, por el contrario, se está haciendo alusión a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos (7).

El término *consumidor* proviene de la ciencia económica, aunque actualmente integre también el lenguaje jurídico. Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares.

⁵ Cfme. Casielo, Juan José, *Deber de información y buena fe. El derecho del consumidor*, nota a fallo, en LL, 1999-B-269.

⁶ Cfr. Stiglitz Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., *Derechos y defensa del consumidor*, p. 101, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1994.

⁷ Cfme. Wajtraub, Javier H., *Defensa del consumidor*, pág. 11, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002.

Lo que busca el consumidor es hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios (⁸).

En cambio, el *empresario*, a diferencia del consumidor, adquiere el bien por su *valor de cambio*, esto es, para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución (⁹).

Ello no excluye, en principio, que los empresarios puedan en algunos supuestos revestir la calidad de consumidores, empero la complejidad de la cuestión radicará fundamentalmente en la dificultad de acreditar que el destino asignado a los bienes y servicios contratados por una compañía, no es un proceso de comercialización y distribución, y para ello, la regla general es la exclusión.

La jurisprudencia, ha resuelto sobre el punto que: "a los fines de la aplicación de la ley 24.240, son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios como destinatarios finales –en el caso, persona jurídica que adquirió un rodado para traslado de sus miembros y empleados-, ya sea a título personal, familiar, social o de su círculo íntimo. La ley 24.240 de Defensa del Consumidor es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial –en el caso, traslado de sus miembros y empleados-, pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien (¹⁰).

Resulta habitual, en las definiciones legales, que el consumidor sea asimilado a la figura del contratante, denominándosele consumidor jurídico, frente al consumidor material que sin haber contratado la cosa o el servicio puede utilizarlos.

⁸ En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.

⁹ Cfme. Botana García, Gema A., *Curso sobre la participación jurídica de los consumidores*, coord.. Gema A. Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, Mc-Graw Hill, Madrid, 1999, pág. 28.

¹⁰ Cám. Nac. Com., sala A, fallo del 21 de noviembre de 2000, in re: "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro", DJ, 2001-2-345.

Sin embargo, no siempre el concepto de consumidor material coincide con el jurídico. Por ejemplo, el *usuario*, es quien usa sin contratar, pudiendo ser un invitado, un familiar o un tercero, y en nuestra legislación está equiparado al consumidor (¹¹); o, el *afectado* o expuesto a prácticas comerciales, en referencia a situaciones como la publicidad ilícita; o, el *cesionario*, quien debe ser considerado contratante, ya que al transferirse la posición contractual debe gozar de las mismas prerrogativas que el cedente (¹²).

Pero además, el consumidor es calificado en función del destino que le asigna a los bienes o servicios que dispone, por lo que resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar (¹³), siempre que sea para uso privado. De esta manera, la fórmula legislativa patria habla de "consumo final o beneficio propio o de su grupo familia o social".

A la postre, conviene precisar que el consumidor no es un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusivamente a esa cuestión (¹⁴).

A su vez, la *relación de consumo* resulta una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes. Se coincide en que debe definirse la relación de consumo "de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente, siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debiendo comprender todas las situaciones posibles" (¹⁵).

¹¹ Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, pág. 88, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

¹² Cfme. Wajntraub, Javier H., *Las nociones de consumidor tras la reforma de la ley 24.240*, pág. 154, Secc. Doctr. LL.

¹³ Cfr. Stiglitz, Rubén S., *Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera, Derecho del consumidor*, nro. 9, dir. Gabriel A. Stiglitz, Juris, Rosario, 1998, pág. 4.

¹⁴ Cfme. Botana García, Gema, *Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, pág. 60, Ed. La Ley, Madrid, 2005.

¹⁵ Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, pág. 88, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

ANÁLISIS DEL AMBITO PERSONAL EN LA LEY 24.240.

En el derecho argentino, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, en su art. 1º, definía al *consumidor* o *usuario* como toda persona física o jurídica que contrata determinados negocios o servicios a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social.

A su vez, en el art. 2º (párrafo segundo) excluía de la definición a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

De esta forma, sólo si el destino es de aprovechamiento final habrá un "consumidor final". La LDC lo determinaba con dos descripciones, una positiva y otra negativa (¹⁶).

La positiva: es consumidor quien contrata "para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1º).

La negativa: no son consumidores, a tenor del art. 2º, segundo párrafo, "quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Finalmente, en el art. 2º se establecía que se encuentran obligados al cumplimiento de esta ley todo proveedor de cosas o servicios, aclarando que se entiende por tal "cualquier persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan, comercialicen cosas o presten servicios.

¹⁶ Cfme. López de Zavalía, Fernando J., *Contratos de consumisión*, pág. 466, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996.

De manera tal que sólo los consumidores o usuarios definidos en el art. 1º se encontraban protegidos por la ley en tanto y en cuanto se relacionaren con un proveedor de cosas o servicios, definidos en el art. 2º.

A la inversa, si se presenta el segundo aspecto mas no el primero, los proveedores de cosas o servicios no estarían alcanzados (obligados) por la misma.

Además, resulta pertinente recordar que esta cuestión, en cambio, no se presenta cuando se interpreta la normativa sectorial de las instituciones financieras (circulares dictadas por el Banco Central de la República Argentina), que son de cumplimiento obligatorio para las mismas, independientemente del carácter del cliente, es decir si éste se trata o no de un consumidor (¹⁷).

ANÁLISIS DEL ÁMBITO MATERIAL EN LA LEY 24.240.

Según el texto de la versión originaria del art. 1º LDC, para que el consumidor quede protegido debe contratar a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

- a) la adquisición o locación de cosas muebles;
- b) la prestación de servicios;
- c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada"

¹⁷ Cfme. García Cruces González, *La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n° 46, pág. 409 y ss.

A LA LUZ DE ESTOS PARÁMETROS ¿RESULTABAN INCLUÍBLES LAS ENTIDADES FINANCIERAS?.

Conforme el análisis realizado, en nuestro entendimiento, las entidades financieras se encuentran incluidas en la LDC, art. 2º, pues se trata de personas jurídicas de naturaleza pública o privada que en forma profesional prestan servicios, considerado el término en sentido amplio (¹⁸).

Por otra parte, la ley no excluía de su preceptiva a las entidades financieras en forma expresa, ni a los contratos bancarios, habiendo, en el art. 36 último párrafo incluido, por lo menos en materia de créditos para consumo, a las entidades financieras, por cuanto prescribió que "el Banco Central de la República argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley".

En síntesis, cabe encuadrar a las entidades financieras como proveedoras de bienes y servicios en el sentido de la definición del art. 2º de la LDC.

¿Y LOS CLIENTES BANCARIOS SON CONSUMIDORES?

Un arduo problema se planteó respecto de la interpretación del ámbito personal de aplicación, es decir, determinar si el usuario celebra el negocio para consumo final, esto es, si se trata de destinatario final de los servicios bancarios (o beneficio propio o de su grupo familiar o social).

¹⁸ Como lo hace el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, es decir: "cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral"; art. 3º, párr. 2º del Código de Defensa del Consumidor del Brasil, ley 8078 del 11 de setiembre de 1990, citado por Daniel E. Moeremans, *Contratos Bancarios y Ley de defensa de los consumidores*, a quien seguimos en este tema, LL, 1997-E-1267.

a) Para responder a este interrogante, un sector de la doctrina ⁽¹⁹⁾ entiende que resulta útil para el análisis, recordar que las operaciones bancarias tradicionales pueden ser de tres tipos: activas, pasivas y neutras.

Las primeras son aquellas en las cuales el banco concede crédito al cliente, es decir asume un rol de acreedor, y es por ello que el negocio contablemente se ubica en el activo.

Las segundas son aquellas en las cuales una institución recibe créditos de los clientes, asumiendo la posición de deudor y por lo tanto el negocio se contabiliza en su pasivo. Por último, existen operaciones en las cuales el banco ni concede ni recibe crédito y por lo tanto no figuran ni en su activo ni en su pasivo, sino que son servicios que presta a terceras personas, por ej. cobranzas de impuestos, etcétera.

Pues bien:

En las operaciones activas se puede afirmar sin lugar a dudas que el cliente es el destinatario final cuando se trata de créditos para consumo. Incluso la propia ley en el art. 36, tal como lo hemos apuntado, los incluye expresamente.

No obstante, se presentaban dudas cuando se trata de créditos para emprender alguna actividad productiva o de comercialización, pues el segundo párrafo del art. 2º excluyó los casos en que los servicios sean para integrarlos en procesos de producción y/o comercialización.

La legislación alemana de protección a los consumidores de crédito, excluye de su ámbito de aplicación el caso de que el mutuario utilice el crédito para su empresa, salvo aquéllos préstamos destinados a usarse como capital inicial para la constitución de una persona jurídica y siempre que el préstamo no supere determinada suma.

¹⁹ Moeremans, cit.

Respecto de nuestro derecho, éste sector considera que este supuesto no estaba amparado expresamente por la LDC. Por cierto, ello no significa que los mutuantes se encuentren totalmente desprotegidos, pues, por un lado, -conforme manifestamos- se puede aplicar analógicamente la LDC y, por otro, las normativas sectoriales se aplican independientemente de la calidad de "consumidor" del cliente bancario, y por último, se debe aplicar el derecho común (arts. 1198, 954, 1071, etcétera).

ii) En cuanto a las operaciones pasivas las dudas se acrecientan, pues pareciera ser que quien deposita dinero o títulos en una entidad financiera no puede ser calificado como destinatario final sino más bien como una persona que pone en circulación dinero o bienes en el circuito financiero ⁽²⁰⁾.

Esta opinión ha sido rebatida ⁽²¹⁾ sosteniéndose que, por tanto en el caso de depósito a la vista como a plazo, siempre el banco presta un servicio (sea de caja y custodia, sea sólo de custodia) que utiliza el cliente como destinatario final, y por lo tanto caen dentro de la protección legal.

Nosotros compartimos esta última opinión, sobre todo atendiendo la hecho de que la ley argentina es más amplia que otras (como por ej. la española), en el sentido de que no sólo ampara al usuario o consumidor cuando negocia para su consumo final, sino también cuando lo hace para su beneficio propio o de su grupo familiar o social.

iii) En cuanto a las operaciones neutras, se consideraba que al no existir un vínculo comercial entre la entidad bancaria y el cliente no se aplican las disposiciones citadas, ya que de existir alguna controversia entre ambos la cuestión se regiría por disposiciones extracontractuales, sin dejar de aclarar que puede aplicarse la preceptiva de la ley de protección al consumidor teleológicamente, tal como lo hemos propiciado.

²⁰ Posición sostenida por García Cruces, cit.

²¹ En contra en el derecho español Embid Irujo, con referencia a Galán, *La protección del usuario de servicios bancarios*, conferencia pronunciada en las Jornadas de Avila, España, 1992, citado por Moeremans.

b) Para el otro sector (²²), además de la preceptiva constitucional, que de acuerdo con el art. 42 de la Constitución Nacional, introducido por la reforma de 1994, los usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a la protección de sus intereses económicos, debiendo las autoridades proveer a la protección de esos derechos y la legislación establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, los propios dispositivos de la ley 24.240 ameritan una interpretación amplia toda vez que:

a) La ley regula no sólo la relación de consumo sino también de crédito con destino al consumo (arts. 19 y 36 LDC).

b) La relación de consumo comprende servicios;

c) Las entidades bancarias pueden considerarse proveedoras de servicios pues son personas jurídicas que los prestan profesionalmente a consumidores o usuarios y no están expresamente excluidas ni ellas (art. 2º) ni los servicios financieros o los que correspondan a las llamadas operaciones "neutras" (art.19).

De esta manera, las dificultades de asimilación de la relación de crédito bancario a la de consumo no se propagan a la prestación de servicios bancarios, ya que éstos están separadamente comprendidos en el citado art. 19, que se refiere a servicios de cualquier naturaleza (²³);

d) El mandato al Banco Central de la República Argentina para que adopte las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en la ley (art. 36, párr. 2º), confirma su inclusión dentro de la ley, ya que la actuación de la autoridad de

²² Cfr. Rossi, Hugo E., *La Ley 24.240 y el denominado consumidor o usuario bancario*, en CAeIDB, t. II-485.

²³ En una posición particular se encuentran Héctor A. Benébaz y Osvaldo W. Coll, *Sistema Bancario Moderno*, t. II, pág. 528, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, para quienes la ley 24.240 es aplicable a las entidades financieras en tanto en cuanto éstas desarrollen principalmente actividades de servicios, quedando excluido de esta operatoria el negocio tradicional del mutuo que prevé el art. 558 del Código de Comercio. Ello se debe, según su opinión, a que la doctrina ha negado el concepto de cosa al dinero, considerándolo esencialmente una unidad de cambio.

control y regulación del sistema financiero tiene en este aspecto alcance reglamentario de preceptos de fondo sobre crédito para consumo; el eventual incumplimiento de la manda reglamentaria no puede postergar la realización de los fines de la ley, potenciados por los de la reforma constitucional posterior;

e) Las operaciones de crédito no comprendidas en el art. 36 no están por eso excluidas del ámbito de aplicación de la ley, porque por otro lado que no estén destinadas a consumo no implica necesariamente la incorporación de fondos a un proceso productivo; eso no ocurrirá si quien las celebra con la entidad bancaria es un simple cliente carente de organización empresaria; la ley 24.240 excluyó a aquellas en las cuales el mismo receptor de los fondos incorpora éstos al proceso productivo que él mismo organiza o gestiona mediante una estructura empresarial (sea empresa unipersonal o persona jurídica con objeto de producción o intercambio de bienes y servicios);

f) Todas las operaciones de inversión de ahorros en el sistema financiero tiene un componente de servicios (custodia de fondos, su inversión para procurar el interés pactado por "spread").

¿LOS NEGOCIOS BANCARIOS QUEDAN COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL?

Otra cuestión a analizar resultaba si los negocios bancarios estaban comprendidos en el ámbito de aplicación material de la ley; es decir, si se trataba de uno de los negocios mencionados en el art. 1º, letras a), b) o c). Excluimos del análisis la onerosidad de los contratos, pues por definición los negocios bancarios son onerosos.

i) Con respecto a la letra a) del art. 1º (la adquisición o locación de cosas muebles), en principio no estarían incluidos en ninguno de los negocios

tradicionalmente bancarios, a excepción de los servicios de locación de cajas de seguridad y de *leasing* operativo de cosas muebles (²⁴).

ii) Con relación a la letra c) del art. bajo comentario (la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada) pueden darse caso de entidades financieras que construyan y enajenen inmuebles destinados a vivienda o efectúen contratos de *leasing*, los que también quedarían comprendidos (²⁵).

iii) Finalmente, los casos previstos en la letra b) serán los más frecuentes, pues la LDC sólo menciona la "prestación de servicios", debiendo entenderse tal expresión en sentido amplio, es decir comprensivo de toda clase de servicios, aunque los mismos estrictamente no sean los previstos en el Código Civil para el contrato de locación de servicios.

Jurisprudencia:

Los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicio financiero a consumidores finales (Cám. Fed. Corrientes, fallo del 11 de mayo de 2000, en "Banco de la Nación Argentina c. Hernández, Juana A.", LL, 2001-A-649).

²⁴ Recuérdese que la ley 25.248, en su art. 26 señala que al contrato de *leasing* se le aplican subsidiariamente las reglas del contrato de locación, en cuanto sean compatibles, mientras el tomador no ha pagado la totalidad del canon y ejercido la opción, con pago de su precio. No son aplicables al *leasing* las disposiciones relativas a plazos mínimos y máximos de la locación de cosas ni las excluidas convencionalmente.

²⁵ En este sentido el dictamen de la Comisión de la Cámara de Senadores proponía –según refiere Moeremans, a quien seguimos- la aprobación de un texto cuyo art. 1º último párrafo rezaba: "las operaciones referidas a bienes inmuebles estarán sujetas a esta ley cuando quienes lo provean lo hagan en calidad de constructores, comercializadores o intermediarios de viviendas para venta al público o cuando otorguen al consumidor el derecho a usar o disfrutar de bienes inmuebles durante lapsos determinados de tiempo dentro de cada mes, año u otro período de tiempo, cualquiera sea la denominación de estos contratos". Véase Rev. Antecedentes Parlamentarios, año 1994, n° 1, pág. 30.

Las relaciones jurídicas en las que es parte del Banco de la Provincia de Buenos Aires comprenden las de índole financiera, sujetas al poder de policía financiero de la esfera local, y las de consumo sujetas a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor –en el caso, se aplicó una sanción a la entidad por considerarse abusivas ciertas cláusulas de un contrato-, las cuales confluyen en la entidad bancaria autárquica provincial sin excluirse mutuamente (Cám. Nac. Cont. Admin., Sala III, fallo del 19 de setiembre de 2001, en "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. SICyM", LL, 2001-D-60).

De acuerdo a lo prescripto en los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, en la medida en que el acto esté destinado a contratar la prestación de un servicio a título oneroso y para consumo final del cliente, el prestador se halla obligado al cumplimiento de la norma de defensa del consumidor, resultando plenamente aplicable aquella normativa al contrato de cuenta corriente bancaria suscripto entre el banco depositario como sujeto adquirente (Cám. Nac. Fed. Cont. Admin., Sala IV, fallo del 10 de febrero de 2000, en "Banco Caja de Ahorro S. c. Secretaría de Comercio e Inversiones" – Disp. DNCI 2641/1996. ED, boletín del 27/12/2000, pág. 56).

EL NUEVO REGIMEN (LEY 26.361).

a) El nuevo texto legal argentino modificó el concepto de consumidor, enmarcado en la tendencia a la ampliación, principalmente, en razón de una cantidad de situaciones en las cuales el adquirente se encuentra en similar condición de debilidad que la del consumidor, pero sin calificar dentro de la categoría (pequeños comerciantes, profesionales liberales, etc.) (²⁶).

A diferencia del sistema anterior, el legislador se propuso abarcar una mayor cantidad de situaciones que las hasta ahora previstas. Para ello eliminó los posibles

²⁶ El principio protectorio se acentúa en situaciones en las que aparece una mayor vulnerabilidad a la verificada en el promedio de los casos. Es el denominado subconsumidor o bystander y hace referencia a los niños, ancianos, analfabetos, etc. Cfme .Wajtraub, cit. ibidem.

objetos de los contratos de consumo tal como estaban contemplados, esto es, a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios y; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda...

De ahora en más, habrá contrato de consumo cuando se configuren los extremos de la relación de consumo, en los términos descriptos por la ley (proveedor y consumidor) y no se trate de un supuesto expresamente excluido (v.gr. profesionales liberales dentro de ciertas circunstancias).

b) Producto de la nueva noción de "sujeto tutelado" por el régimen especial protectorio de consumidores y usuarios, a partir de las modificaciones introducidas, forzosamente deberemos acudir a otro concepto que se le vincula directamente, cual es el de "relación de consumo", al punto tal que se afirma que integran un todo inescindible (²⁷), puesto que un "consumidor" será tal, en la medida en que lleve a cabo su "acción de consumir" en el marco del escenario fáctico y jurídico que la ley toma como contexto para su aplicación.

La laxitud con la que ahora aparece definido el concepto legal del sujeto protegido por la norma, sumado a la indeterminación de la "relación de consumo", nos enfrentará a nuevos sujetos "consumidores", ya sea en concreto o en grado potencial, ya individuales o colectivos, que difícilmente podrán encuadrarse en un único concepto teórico que contenga todas las hipótesis y, a la vez, delimite con cierto rigor los contornos de la figura amparada.

Estas innovaciones significan, apriorísticamente, el punto de partida para una expansión verdaderamente trascendental del universo de relaciones jurídicas que quedan ahora comprendidas por el régimen especial. Recordemos que la anterior redacción del art. 1º LDC, en su elemento objetivo, circunscribía su aplicación a aquellos "contratos a título oneroso" que tenían por objeto algunas de las

²⁷ Cfr. Rusconi, Dante D., *La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*, pág. 15, JA, 2008-II, fasc. n° 9

operaciones a las que hacía expresa referencia; y los sujetos amparados eran las personas físicas o jurídicas que contrataban esos bienes para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social (²⁸).

El vínculo jurídico que tiene por un lado al consumidor o usuario y del otro al proveedor había permanecido innominado en la redacción originaria de la LDC, que, lo circunscribía a las consecuencias derivadas de los contratos de consumo.

La *relación de consumo* recibió su bautizo legal en el art. 42 de la Constitución Nacional de 1994 como plataforma para la exigibilidad de los derechos de los consumidores y usuarios, llegando a temerse, en un principio, que la expresión "relación de consumo" del art. 42, fuera asimilada a la de "contratación a título oneroso" contenida en la ley, encorsetándose a un estrechísimo campo el vigor de estos derechos. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales de distintos fueros y jurisdicciones aventaron aquellos recelos, tanto desde el punto de vista objetivo como del subjetivo, superando en mucho los alcances originarios de la tutela legal.

En alguna medida, esta expansión ocurrida en el campo de los pronunciamientos judiciales, y propiciada también desde la doctrina autoral mayoritaria, intenta ser recogida por la nueva redacción dada a la norma (²⁹).

Insistimos:

1) *Respecto de los conceptos de consumidor y proveedor.*

El concepto de consumidor continúa estructurado con relación a la concepción económica de consumo, es decir que el sujeto debe actuar en el mercado como

²⁸ Debe recordarse que el decreto reglamentario 1798/1994 de la Ley de Defensa del Consumidor hizo extensiva la tutela legal a aquellas personas que "en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo, muestras gratis)".

²⁹ La alusión al vínculo contractual oneroso, al igual que el enunciado de contratos de consumo a los que la Ley de Defensa del Consumidor ceñía su aplicación en los tres incisos del art. 1 han desaparecido; como contracara, se difumina el vínculo raíz de la relación de consumo, dando paso al alumbramiento de un nuevo universo de relaciones de consumo cuyos límites aparecen, en principio, casi inasibles y llevan a nuestro ordenamiento a campos aún inexplorados para el Derecho del Consumidor, comparado más evolucionado; Cfme. Rusconi, Dante D., cit. ibidem.

"destinatario final" de los bienes o servicios; esto significa que el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndose a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios; idea que aparece reafirmada en el texto vigente cuando señala que el bien o servicio ha de ser empleado para uso privado, familiar o social.

Además, encontramos la circunstancia de haberse derogado la previsión contenida en el art. 2º, párrafo 2º, en cuanto disponía que no tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquiriesen, almacenaren, utilizaren o consumieren bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Sin embargo, resulta relevante poner de relieve que esa derogación deja sin materia al texto correlativo del decreto reglamentario, razón que haría pensar en su pérdida de virtualidad; disposición que resultaba sumamente limitativa para las personas jurídicas de carácter lucrativo.

En consecuencia, cabe concluir que el sentido de la reforma ha sido admitir a esa categoría de personas jurídicas dentro de la protección legal cuando actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, es decir, de su objeto social o giro comercial (³⁰).

Ello concede un margen de protección a las pequeñas y medianas empresas cuando actúan fuera de su ámbito profesional, donde pueden presentar la misma vulnerabilidad que la persona física (³¹).

³⁰ Cfr. Hernández Carlos A., *Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (El diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)*, en edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Universidad Nacional del Litoral, 2005, pág. 197; tb. Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos A., *Anotaciones sobre el reciente Código de Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina*, en RCyS, diciembre de 2005, pág. 3.

³¹ En este sentido, Frustagli y Hernández, cit. idem, refieren a un fallo de la justicia francesa donde se aplicó la ley sobre cláusulas abusivas a un agente inmobiliario que había adquirido un sistema de alarma para la protección de sus locales, considerándose comprendido en la normativa protectora porque con relación al contenido del contrato estaba en la misma situación de ignorancia que cualquier otro particular.

En lo referente a la noción de "proveedor" se mantiene en general la conceptualización amplia que efectuaba la ley 24.240, tendiente a alcanzar a cualquier sujeto que, por su actuación profesional en el mercado, se sitúa del lado de la oferta de productos y servicios.

En este sentido, el nuevo texto del art. 2º resulta más abarcativo, pues enuncia un mayor número de actividades que pueden ser desarrolladas; así, se incluyen ahora tareas tales como "montaje", "construcción", "concesión de marca", etc.

2) *Respecto de la relación de consumo.*

El nuevo art. 1º, al suprimir los tres incisos del texto originario, elimina la delimitación del ámbito objetivo que acotaba el alcance de la ley 24.240. Esto importa extender su ámbito de aplicación, en consonancia con el art. 42, CN., ya que ahora queda condicionado a la noción amplia de la relación de consumo, entendida –de acuerdo con el nuevo art. 3- como vínculo jurídico entre consumidor y proveedor, que podrá tener fuentes diversas: un contrato; un acto ilícito o un acto jurídico unilateral ⁽³²⁾.

Pero fundamentalmente, en nuestra opinión, esta voluntad inclusiva queda de manifiesto también el párrafo final del art. 3º, cuando se señala que "las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzada por otra normativa específica".

³² Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, cit, pág. 74; La relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la LDC, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual, Cfme. Hernández – Frustagli, cit.

OTROS ASPECTOS.

La importancia de la aplicación de la LDC a quienes puedan ser considerados consumidores bancarios, se proyecta tanto sobre la concertación y cumplimiento de los contratos bancarios con sobre otras cuestiones o medios que hacen a su protección previa (aun a la etapa precontractual en particular) y posterior.

En este sentido, serán de aplicación disposiciones como los arts. 4° (deber de información), 7° (obligatoriedad de ofertas a destinatarios determinados), 8° (publicidad contractual vinculante), 19 (contenido obligatorio de la oferta o publicación de servicios), 37 sobre cláusulas abusivas que se tendrán por no convenidas y anulabilidad total o parcial del contrato a pedido del afectado y su integración judicial y 40 sobre responsabilidad en toda la cadena de comercialización, etc.

La necesidad de interpretar los términos de la aplicabilidad de la LDC, se ve también fuertemente incidida por la escasa regulación en la ley de fondo de los contratos bancarios sobre crédito y servicios y la consiguiente creación de dicha regulación predominantemente en forma unilateral por la parte predisponente de la relaciones jurídicas (el banco) mediante contratos tipo o por adhesión a condiciones generales, eventualmente condicionada en alguno de sus aspectos por normas del BCRA.

EL CONTRATO BANCARIO COMO CONTRATO POR ADHESIÓN.

Existe una única referencia de la LDC a los contratos por adhesión (art. 37) del que el contrato bancario es indudablemente una de sus principales aplicaciones (³³).

³³ En el art. 37 se enuncian dos cláusulas abiertas y otras tantas que, por abusivas, se las declara no convenidas. A continuación, en el art. 38, bajo el título de "contratos de adhesión" se establece que la autoridad de aplicación

En consecuencia, tratándose los contratos bancarios de contratos por adhesión a condiciones generales, las cláusulas abusivas que contengan se hallan disciplinadas por la LDC, sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de derecho común (arts. 18, 21, 953, 1038, 1039, 1066, 1071 y 1198, Código Civil).

CLÁUSULAS ABUSIVAS. CASUÍSTICA.

Conforme determina el dec. 1798/94, reglamentario de la LDC, "se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

Como se advierte, la definición legal contiene dos elementos inescindibles:

- a) el desequilibrio que resulte del cotejo provecho/sacrificio entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato importará abuso si,
- b) perjudica inequitativamente al consumidor o usuario.

El banco ante una circunstancia de hecho concreta, ve consolidada su posición dominante en el contrato a través de la inclusión de cláusulas de contenido sustancial o procesal que, a título de ejemplo, le permitan:

- a) Suprimir o limitar las consecuencias dañosas que podrían serle atribuidas, derivadas del incumplimiento contractual.
- b) Rescindir unilateral e incausadamente el contrato sin que igual derecho le sea conferido al usuario.

(Secretaría de Industria y Comercio) "vigilará que los contratos de adhesión" no contengan cláusulas abusivas. Cfr. Stiglitz, Rubén, S., cit., a quien seguimos.

c) Modificar unilateralmente e incausadamente el contrato.

d) Excluir el derecho del cliente de demandar la rescisión del contrato o una indemnización por daños, cuando la prestación prometida por el banco no es efectuada total o parcialmente en el plazo convenido o a falta de indicación de plazo, en uno razonable o usual.

e) Reservarse, sin motivos valiosos y especificados en el contrato, el derecho de fijar unilateralmente la fecha de ejecución de su obligación.

f) Variar el objeto, el contenido o las modalidades de la operación de manera unilateral.

g) Establecer incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y estén consignados por separado en forma específica.

h) Abreviar plazos de prescripción.

i) Incluir cargas formales dirigidas al cliente de observancia estricta (documental o a exigencias especiales de correspondencia), consistentes en denuncias o declaraciones que le deban ser dirigidas.

j) Prever la extensión de la adhesión del usuario a cláusulas que no haya tenido la posibilidad de conocer antes del perfeccionamiento del contrato.

k) Establecer la prórroga de la competencia cuando se deban dirimir sus conflictos con los clientes, de manera tal que importe para el usuario sustraerlo de sus jueces naturales y/o un desplazamiento que, por lo distante u oneroso, suprima, restrinja, obstaculice o haga dificultosa la defensa en juicio.

l) Consagrar la inversión de la carga probatoria en perjuicio del cliente o usuario.

m) Excluir o limitar al usuario la oponibilidad de excepciones por incumplimiento del banco.

Como se advierte, es característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un *desequilibrio significativo* entre los derechos y las obligaciones de las partes derivadas del contrato, en perjuicio del primero.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el banco sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual predispuesto al cliente.

Con ese poder de negociación, supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del cliente.

Es precisamente la *desventaja exagerada* lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del usuario de servicios bancarios, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

Dicho en otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del banco (profesional), o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del cliente, sin que de la correlación de los polos provecho/sacrificio surja una contrapartida en beneficio del usuario o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Otros caracteres complementarios de la cláusula abusiva consisten en:

- a) Que no haya sido negociada individualmente.
- b) Que la cláusula objetada le haya sido presentada al usuario ya redactada.
- c) Que el usuario no haya podido participar (o influir) en su contenido.
- d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe.
- e) Que el desequilibrio sea relevante o significativo ⁽³⁴⁾.

CLÁUSULAS EXCLUIDAS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVAS.

A la luz de lo desarrollado, no revisten carácter de abusivas aquellas cláusulas de las que de su aplicación resulten:

a) Ventajas o sacrificios análogos para ambas partes, ya que la relación de equivalencia o el principio de la máxima reciprocidad de intereses se halla preservado.

b) Perjuicios sólo para el banco, ya que este último no podría hacer valer la desventaja que resulta de un contenido contractual del que es su único autor.

c) Desequilibrio no excesivo ni manifiesto ya que el equilibrio contractual no implica una simetría a rajatabla entre ventajas y sacrificios. De allí que la

³⁴ La Directiva 93-13 de la C.E.E. utiliza la frase desequilibrio importante; el Code de la Consommation de Francia y el art. 1469 bis del Código Civil de Italia: desequilibrio significativo; la ley de Bélgica sobre "Prácticas del comercio, información y protección del consumidor": desequilibrio manifiesto; el Código de Defensa del Consumidor de Brasil: desventaja exagerada, cfme informa Stiglitz, cit.

desnaturalización de la relación que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que exista desproporción significativa.

d) Que hayan sido negociadas por ambas partes.

CLÁUSULAS ABIERTAS. CONTROL JUDICIAL.

Las dos cláusulas abiertas incluidas por la ley argentina (art. 37, inc. a) ley 24.240) son aquellas por las que se establece que "se tendrán por no convenidas":

a) las cláusulas que desnaturalizan, alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés y las que:

b) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

La expresión "desnaturalización de la relación obligacional" debe entenderse en el sentido que, por aplicación de una o más cláusulas se altere significativamente la relación, de suerte tal que "las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos" del usuario, conforman una especie de la primera.

Así, en lo atañe a la relación contractual bancaria, la desnaturalización del vínculo vendrá dada cuando del objeto o del efecto de la cláusula resulte:

a) la ampliación de los derechos del banco con daño al usuario;

b) la reducción o supresión de las obligaciones del banco;

c) la reducción o supresión de los derechos del cliente;

d) la ampliación de las cargas u obligaciones del usuario.

Y de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

LAS OPERACIONES DE VENTA A CRÉDITO. CONEXIDAD.

Se ha destacado que la operación de crédito al consumo se configura sin perjuicio de la técnica empleada para la financiación, siempre que los bienes o servicios contratados estén destinados a satisfacer necesidades personales o familiares del consumidor ⁽³⁵⁾.

Se entiende por crédito o financiación para el consumo, a todo aquel que una persona física o jurídica en ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito, o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresaria o profesional.

Existen fundamentalmente dos modalidades de consumo financiado:

a) que el consumidor haya celebrado con el vendedor una venta a plazos, instrumentado cada uno de los plazos pendientes de pago en títulos-valores. Aquí, el proveedor podrá transmitir esos documentos al prestamista que en definitiva financia la operación. En este caso, el agente financiero tiene derecho a obtener del consumidor el pago de los plazos pendientes, aunque no esté contractualmente relacionado con él;

b) que el consumidor haya celebrado dos contratos distintos y con dos sujetos diferentes (de consumo con el proveedor y de crédito con el prestamista). El

³⁵ Wajntraub, Javier H., *Protección...* con cita de Japaze, María Belén, "Financiamiento para el consumo", en *Defensa del consumo*", coord.. Ricardo L. Lorenzetti y Gustavo J. Schötz, Abaco, Buenos Aires, 2003, ps. 229 y ss.

consumidor estipula un contrato de préstamo, y el dinero así obtenido lo utiliza para pagar todo o parte del precio del bien, celebrado por tanto una compraventa con pago al contado (³⁶).

Empero, en nuestro sistema no existe una normativa específica que contemple la financiación o el crédito para el consumo, lo que constituye una preocupación que la doctrina ha venido señalando.

La LDC sólo regula un aspecto particular del tema que se vincula estrictamente a la información exigible en aquellos contratos de crédito destinados a procurar la adquisición de un bien o servicio en los términos del art. 1º de la LDC.

Al propio tiempo, respecto de la materia bajo análisis, sin perjuicio de la autoridad de aplicación específica de la legislación de defensa del consumidor, el art. 36 prevé en su último párrafo que para los casos en los que la oferta de crédito para el consumo sea realizada por parte de entidades sometidas a la jurisdicción del Banco Central de la República Argentina, éste "adoptará las medidas conducentes" para que aquéllas cumplan con lo indicado en la ley 24.240 al respecto.

En el ámbito estrictamente bancario, se afirma (³⁷) que la protección del cliente de servicios bancarios reposa sobre dos pilares básicos:

³⁶ Además, como se ha puesto de resalto (vide Bergel, Salvador D. – Paolantonio, Martín, "Responsabilidad civil de las entidades financieras en las operaciones de crédito al consumo", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 18, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 281 y ss. cit. idem), desde la celebración del acuerdo hasta su efectivo cumplimiento pueden acaecer diversas vicisitudes: incumplimiento total de la prestación comprometida, cumplimiento parcial, incumplimiento defectuoso por vicios en la cosa entregada o en el servicio prestado, etc. Son, en todo caso, supuestos clásicos de incumplimiento contractual que las legislaciones han atendido, en general, teniendo en cuenta el interés del acreedor. Así, cuando el incumplimiento del deudor amenaza dicho interés, se le reconocen diferentes remedios: resolución y excepción por incumplimiento, acción por incumplimiento, acción por disminución de precio, etc., sin descartar las acciones complementarias por daños derivados del incumplimiento contractual. Todo ello demuestra la insuficiencia de las previsiones legales para la temática en estudio.

³⁷ Cfme. Wanjtraub, Javier H., *Las cláusulas abusivas y ambiguas en la contratación bancaria*, en "La Voz del Foro" n° 8, Revista del Colegio de Abogados de San Juan, 2003, pág. 15.

a) La protección directa, referido a las regulaciones que actúan directamente sobre el contenido de los contratos celebrados entre los bancos y sus clientes, ordenando la manera en la que éstos deben ser redactados para no incurrir en abusos.

Entre ellas se sitúan las normas que establecen prerrogativas del consumidor frente al incumplimiento obligacional en que pudieran incurrir las entidades bancarias (art. 10 bis) y las que reglamentan la redacción de las cláusulas de los contratos (arts. 37, 38 y 39). Dentro de este último aspecto, existen en la práctica una serie de condiciones generales usuales, entre las que podemos señalar:

Las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato en caso de muerte del deudor, infracción de normas, etc.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Las cláusulas de repercusión sobre el cliente de errores o actuaciones negligentes.

La cláusula de compensación con cualquier saldo de las cuentas abiertas a nombre del cliente o sus fiadores.

La emisión de un pagaré en blanco en forma de garantía, etc.

b) La protección indirecta, tópico vinculado con aquellas disposiciones que deben cumplir las entidades y que no tienen carácter contractual, pero que, al contemplar sanciones para el caso de no ser observadas, puede considerarse que protegen de manera indirecta al cliente.

Las más habituales en este ámbito se refieren a la publicación de la información vinculada con las tasas de interés (art.36), a las comisiones por servicios ofertados (arts. 7º y 8º), respecto del valor vinculante de la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, etcétera.

La jurisprudencia, sobre el particular, tiene resuelto: "La infracción establecida en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 se configura por la falta de precisión en la documentación que se extiende con motivo de una operación de crédito para la adquisición de cosas o servicios, no siendo necesaria la existencia de intencionalidad fraudulenta en su autor. Ello es así, pues tal norma pretende preservar a los consumidores de inequívocos en la naturaleza y alcance de los servicios que se ofrecen al público, y que pueden generar en los posibles interesados comportamientos erróneos en relación a su interés respecto del verdadero servicio ofrecido (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., sala III, fallo del 8/4/99, in re: "Solanas Country S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", LL, 2000-A-139).

"La competencia asignada por el art. 36, párr. 2º, ley 24.240 al Banco Central de la República Argentina, como autoridad de aplicación de dicha norma se encuentra circunscripta a: a) aquellas prestaciones que involucren el otorgamiento de crédito y b) dentro de ese tipo especial de operaciones, a aquellas en que el crédito otorgado o dado como objeto del contrato suscripto sea destinado para el consumo. La fórmula utilizada en el art. 36, párr. 2º, ley 24.240 está indicando la voluntad del legislador de dejar fuera de la órbita de del Banco Central de la República Argentina, en lo referente a la aplicación de dicha norma, a aquellas operaciones distintas de la adquisición de un crédito para consumo. Dado que el capital que se encuentra depositado en la cuenta corriente bancaria pertenece al titular y no al banco, no se puede interpretar que las operaciones realizadas en el giro normal de la mentada cuenta puedan ser entendidas como "operaciones de venta de crédito para consumo", quedando en consecuencia excluidas del poder de policía del Banco Central que a su respecto establece el art. 36, párr. 2º, ley 24.240 (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4a., fallo del 10/2/2000, in re: "Banco Caja de Ahorro S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", JA, 2000-IV-229)

El art. 36 LDC también ha sufrido un importante cambio con la sanción de la ley 26.361, en lo que respecta a nuestra materia bajo análisis, con la inclusión de la expresión "operaciones financieras para consumo", lo junto al mantenimiento de la fórmula originaria "operaciones de crédito para consumo", provoca una ampliación considerable del sistema y aventa dudas en torno a la aplicabilidad del régimen a las operaciones financieras.

Las sucesivas reformas de la ley 24.240 fueron formulando un adecuado programa protectorio que admite la expansión de los efectos del contrato de consumo hacia el más amplio campo de la relación de consumo (³⁸), en los siguientes casos: a) En el cumplimiento de las obligaciones de información y de seguridad; En el régimen de garantías legales, en particular en las que aseguran el buen funcionamiento de las cosas comercializadas (arts. 11, 13 y conc.), y la provisión de repuestos y servicios post venta (art. 12); y c) En la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa o servicio prestado (art. 40, reincorporado por la ley 24.999). Resulta evidente que el débito que emerge para los proveedores en los supuestos reseñados se sustenta en la conexidad negocial reconocida por el legislador (³⁹).

Sin embargo, la LDC, en su versión anterior a la hoy reformada, no abordaba las cuestiones de coligación más usuales, en especial, las propias de las operaciones de crédito con fines de consumo, exteriorizadas a través de redes de negocios, interdependientes entre sí.

La cuestión adquiere relevancia dado que, con frecuencia, para acceder a bienes o servicios en el mercado se le impone al consumidor la necesidad de recurrir a la asistencia financiera de un sujeto distinto del proveedor, generalmente, una entidad crediticia indicada por éste en virtud de un acuerdo de colaboración suscripto entre ellos. De tal manera se exige la concurrencia de tres negocios

³⁸ Cfr. Fresneda Saieg, Mónica y Frustgali, Sandra, *La expansión de la eficacia del contrato en la Ley de Defensa del Consumidor*, JA, 1997-III-674.

³⁹ Cfme. Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos, Parte General*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004 pág. 595, cit, Frustgali, Sandra A., y Hernández, Carlos A., *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual*, pág. 3, JA, 08-II, n° 9.

diversos, a saber: el contrato de colaboración celebrado entre los proveedores, el contrato de provisión de la prestación principal (contrato de compraventa, contrato de obra, prestación de servicio, etc.) y el préstamo con fines de consumo. Esta realidad comercial aparecía parcialmente regulada en el incompleto art. 36, ley 24.240, que sólo aludía al "contrato de préstamo", sin mencionar su posible vinculación al contrato de provisión.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia intentaron suplir la carencia legal en orden a los efectos operados en el contrato de préstamo hacia el de provisión, o de este último hacia el de financiamiento, destacamos que la reforma introducida por la ley 26.631 avanza en el sentido correcto, al establecer en el párrafo 4º del art. 36 que "La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y/o gastos éste hubiere efectuado".

Dado que de la operación global resulta implícita la voluntad de las partes de conferir a un negocio el carácter de presupuesto del otro, resulta adecuado que el legislador haya previsto que la no concesión del crédito sin culpa atribuible al consumidor facultará a éste a exigir la operación sin implicancias patrimoniales a su cargo, por tratarse de un supuesto de eficacia condicionada.

Queda sin resolver la situación en la cual el crédito ha sido acordado pero la prestación del contrato de provisión no ha sido ejecutada en todo o en parte, lo que puede incluso plantear la necesidad de extender la ineficacia del contrato de provisión hacia el de financiamiento. Lo dicho no significa desconocer que en el primer supuesto el consumidor podría suspender los efectos de aquel contrato a través de la articulación de la excepción de incumplimiento contractual, y en el segundo, esgrimir la inutilidad del mantenimiento de la vigencia del negocio de crédito frente a la extinción del contrato de provisión, en ambos casos con sustento

en la concurrencia de fines que torna interdependientes o recíprocas las prestaciones de los negocios coligados.

Los efectos señalados (⁴⁰) encuentran sustento constitucional, dado que el art. 42 de la Carta Magna constituye un aporte invaluable, ya que no puede eficazmente pensarse en la protección del consumidor desde la visión aislada de cada contrato sino, antes bien, desde la más amplia que suministra la operación jurídica y económica global concertada.

Se explica así que nuestra jurisprudencia se halla mostrado proclive a reconocer la coligación propia del contrato de préstamo con fines de consumo, no sólo en sus manifestaciones principales, sino también en orden a los efectos de los contratos accesorios puestos al servicio de la referida operación.

Así se ha admitido Jurisprudencialmente (⁴¹) que: "Cuando existe una operación económica única como es la adquisición de una motocicleta por un precio en dinero, que ha implicado la realización de una pluralidad de contratos – compraventa y mutuo-, donde el comprador y el mutuante es la misma parte y el vendedor y el mutuante son partes distintas, se ha configurado una conexidad contractual o contratos conexos, en donde las vicisitudes de cada contrato repercuten en el otro que le resulta conexo".

En otro causa (⁴²) en la cual se discutía si se encontraba o no operada la prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro colectivo de vida, vinculado a una operación de préstamo hipotecario, se sostuvo que: "Los elementos mencionados y las constancias de la documentación que se analiza, obrantes en autos, están mostrando un plexo de relaciones, una red contractual que vincula a las partes en contratos dependientes, que no se pueden tomar aisladamente, donde el actuar del tomador beneficiario, los titulares del seguro encargados de pagar junto

⁴⁰ Frustgali – Hernández, *ibidem*.

⁴¹ Cám. Civ. y Com. de Tucumán, sala 3ª. *Aguaisol, Enrique v. Oscar Barbieri S.A.*” fallo del 20/8/2003, LNOL 1/1001.1982.

⁴² Cám. Civ. y Com., Minas, Paz y Trib., de Mendoza, 4ª. Fallo del 10/11/2006, en autos: *Martínez de vizcaya, Norma E.*, LNOL 70035184, cit. *idem*. ant.

con las cuotas del préstamo, la prima del seguro de vida contratado y la aseguradora, evidencian el funcionamiento de un sistema integrado, con una finalidad económica que se satisface en el conjunto y trasciende la individualidad de cada contrato. Conforme a este panorama, no se puede sostener que exista una desvinculación entre la aseguradora, y el banco tomador beneficiado, que permita afirmar que la aseguradora resulte ajena al reclamo de la cancelación total del préstamo que la actora dirige el banco. Por el contrario, debido a esta conexidad contractual, el reclamo surte sus efectos frente a la obligada al pago del siniestro contratado por la entidad bancaria... En consecuencia, y conforme a lo dispuesto por el art. 3986, Cód. Civ., debe considerarse auténtica la comunicación y emplazamiento que la actora efectúa por la nota de fs. 25, no exigiéndose para la constitución en mora la utilización de términos sacramentales, por lo que se produce la suspensión de la prescripción acaecida con fecha 14/9/2001, que se prolonga por el término de un año, pues no hay menor término que corresponda a la prescripción de la acción".

En este sentido, no puede omitirse la importancia de la reforma, que al reconocer ciertos efectos de los contratos coligados con consumidores abre un camino al que puede recurrirse por vía analógica.

CONTRALOR ADMINISTRATIVO.

En nuestro país, el ejercicio del control administrativo sobre las cláusulas abusivas de los contratos de consumo, es realizado a través de la Secretaría de Industria y Comercio que es la autoridad nacional de aplicación de la ley 24.240. Dicha autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas (art. 38). Además, notificará al proveedor que "haya incluido cláusulas de las previstas en el art. 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije (art. 38, dec.-ley 1798/94).

En el ámbito específicamente bancario, la Comunicación B.C.R.A. 2423 ⁽⁴³⁾, por la que se creó a partir del 1 de julio de 1996 el "servicio de atención al usuario del sistema financiero", estableciendo que:

a) El Banco Central se constituye en receptor de consultas y reclamaciones que efectúen los usuarios vinculados con inconvenientes de orden operativos en sus operaciones con los bancos y que impliquen deficiencias en la calidad del servicio;

b) Se hallan excluidas de reclamación las cuestiones referentes al nivel de tasas de interés "cobradas y/o pagadas" y al valor de las comisiones cobradas si es que éstas "fueron notificadas y aceptadas al momento de celebrarse el contrato";

c) Si el Banco Central considera que del reclamo se debe correr traslado a la entidad, ésta dispondrá de diez días para "emitir una respuesta concreta" al recurrente la que deberá serle dirigida por carta certificada. La demora de la entidad en responder al reclamo se sanciona con una multa diaria de \$50 hasta un máximo de diez días;

d) Las entidades bancarias deberán destacar en lugar visible la existencia de este servicio, el procedimiento para efectuar los reclamos y el área que se encarga de ello.

A modo de breve epílogo, bien cabe entender que el propósito que animó al legislador, a través de las reformas incorporadas a la ley de defensa del consumidor, no es otro que alejar los debates existentes en orden a la incidencia de la ley sobre ciertas esferas, y entre ellas, en nuestro parecer, la actividad financiera.

Cita de este artículo:

MUIÑO, O. (2011) "Actividad bancaria y derechos del consumidor". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.12-44. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

⁴³ Del 28 de marzo de 1996.