

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS ANTE EL CONSUMIDOR *

LUIS IGNACIO PORTHÉ

I. INTRODUCCIÓN

Este breve trabajo procurará identificar los principales casos de responsabilidad de las entidades financieras y su fundamento jurídico al tiempo que intentará orientar una solución acerca de la aplicación de la ley 24.240 a las relaciones que desarrollan las entidades financieras con sus clientes. Para ello comenzará explicando a quiénes se entiende por tales, es decir cuál es el criterio de delimitación subjetiva del término “cliente”. Por último, si dicho concepto guarda identidad directa con el de consumidor de la ley 24.240, para luego concluir con los casos en que dicha responsabilidad se hace efectiva.

II. MODOS DE TUTELAR AL CLIENTE BANCARIO

Los servicios financieros se amplían con la economía de mercado moderna. Proporcionan herramientas útiles para la inversión privada y la mejora de las condiciones de vida. En este sentido el mercado por sí solo no tiene capacidad para proteger al cliente bancario, y siguiendo a ultranza la ley de la oferta y la demanda, junto “a la regla con mayor garantías menor onerosidad”, tiende a excluir a las clases sociales más pobres en su acceso al crédito, pudiendo sólo obtener créditos más caros con costos adicionales. Es por ello que los bancos públicos están obligados a aceptar clientes de bajos ingresos, así como también el Estado deberá desarrollar una actividad tuitiva, posibilitando el acceso de todos los ciudadanos al crédito.

El profesor de la Universidad de Hamburgo Udo Reifner distingue tres perspectivas en la protección del consumidor ¹: a) La protección individual,

¹ REIFNER, Udo, “Principios de protección al consumidor en los servicios financieros”, en GERSCOVICH, *Derecho bancario y financiero moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 166/211.

* El presente trabajo ha obtenido el segundo premio en el V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial, organizado por Lecciones y Ensayos. El autor se ha hecho acreedor de 50 (cincuenta) horas en cursos a su elección del Departamento de Posgrado de nuestra casa, libros del fondo editorial del Departamento de Publicaciones y la publicación de estas páginas.

protegiendo los cimientos morales de una sociedad de mercado, es decir, la igualdad de oportunidades de acceder al crédito y participar con una determinada cantidad de dinero en el juego de la competencia por la mejor oferta. b) La protección social en el sentido de defensa de las personas débiles ante la sociedad, siguiendo los principios que amparan las necesidades básicas del hombre como la protección de un mínimo estándar de vida, de ahorro y de seguridad social y personal. c) La protección colectiva a través del dictado de normas que tornen previsible, solvente y seguro el intercambio financiero entre los interesados y las entidades del sector. El mencionado autor destaca la amplitud regulatoria en el ámbito comunitario europeo concerniente a la protección colectiva del consumidor en detrimento de la legislación correspondiente a la protección social. No obstante, destaca la incorporación de ciertas disposiciones en Francia, Alemania, Bélgica y Holanda que responden a esa naturaleza.

Desde otra óptica, Barbier distingue como mecanismos de protección al cliente entre los modos de tutela indirecta y directa ². La *tutela indirecta* proviene del equilibrio de intereses entre las empresas. No suponen una intervención inmediata en los negocios particulares que ejecutan las entidades, ni una intromisión en el plano concreto del contacto jurídico que se establece entre los contratantes, sino que por el contrario tienden a fortalecer el sistema financiero y actúan de un modo preventivo sobre posibles vulneraciones a los derechos de los clientes bancarios. Han sido enunciados y perseguidos en el ámbito europeo a partir de la recomendación de la comisión del 25/7/1977 para la redacción de un Código de Conducta Europeo relativo a las operaciones sobre valores mobiliarios ³. En nuestro medio a su vez la Ley de Entidades Financieras (21.526) y la carta orgánica del BCRA (ley 21.144) han previsto disposiciones que satisfacen estos mecanismos de protección indirecta. Entre dichos mecanismos se hallan comprendidos fundamentalmente:

- a) Relaciones de libre competencia.
- b) Comportamientos correctos en la dinámica de la competencia.
- c) Rigurosos controles de estabilidad.
- d) Rigurosos controles de transparencia.

Tales métodos indirectos de tutela se harán efectivos en la medida en que se diseñe y ejecute un sistema eficiente y oportuno de supervisión bancaria, auditorías y calificadoras de riesgo que deberán entre otras cosas identificar al banquero como una forma de conocer sobre la solvencia moral y material de los responsables de la actividad, establecer condiciones mínimas de autorización

² BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, Astrea, Buenos Aires, 2000, ps. 41 a 102.

³ Recomendaciones de la Comisión de la Comunidad Económica Europea 77/534, del 25/7/1977 concernientes a las transacciones sobre valores mobiliarios.

(capital, organización, estructura, personal, directivos, procedimientos de control interno, etc.), fijar requisitos mínimos de información que aseguren que la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias pueda conocer a tiempo la situación de cada entidad y sus dificultades, conocer la salud intrínseca de la gestión de las entidades individuales, identificar los problemas principales y la factibilidad de que las entidades los resuelvan con sus propios recursos, identificar potenciales situaciones de falencia, etc.

En cambio, la tutela directa consiste en el equilibrio de intereses entre las empresas bancarias y los usuarios, En consecuencia, se intenta neutralizar los efectos disvaliosos del desequilibrio contractual diseñando mecanismos de salvaguarda durante toda la gestión y ejecución contractual. De ese modo, la tutela directa atiende a:

a) *Las técnicas de información del cliente*, en tanto integran propiamente la voluntad negocial. En la realidad cotidiana el cliente bancario promedio desconoce las normas y técnicas propias de un campo tan complejo como las finanzas. En tal sentido confía plenamente en su banco, encontrándose tal confianza cimentada básicamente sobre la imagen que el propio banco refleja de sí mismo en el mercado. En este sentido algunas disposiciones del BCRA anuncian tendencias hacia exigencias concretas ⁴. A su vez este deber de información completa y correcta que posibilite una valoración por parte de los ahorristas que deben los bancos para impedir una contratación sesgada como un modo de tutela directa se complementa con los fenómenos tuitivos por vía de consecuencia —tutela indirecta—. Las acciones derivadas de una tutela directa otorgan en la mayoría de los casos legitimación activa a los clientes para que intenten tornarla operativa, como por ejemplo la posibilidad de oponer la ineficacia de cláusulas abusivas. A este respecto la jurisprudencia ha expresado que los mecanismos de protección que emanan de una tutela indirecta podrán ser instados ante la clientela en el caso de una acción de amparo destinada a obtener informes del BCRA sobre la situación patrimonial de las entidades financieras ⁵.

b) *Las técnicas de contacto social con el cliente*. El contacto de la entidad con el cliente no se ciñe rigurosamente al plano publicitario, sino que abarca también los diseños de espacios físicos y los modos de atención entre otras cosas. La comunicación global que se da por parte de las empresas se ejerce a través de programas de identidad corporativa y políticas de diseño e imagen de producto que no son condiciones insignificantes a la hora de la conformación

⁴ La comunicación A 2689 BCRA sobre modalidades de aplicación de intereses y publicidad de las tasas constituyó un ejemplo de la intervención del BCRA en materia de tutela directa sustituida luego por el texto ordenado de las normas sobre tasas de interés en las operaciones de crédito (comunicación A 3052, modificada por comunicación A 3123 y A 3266).

⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala II, 12/10/1995, “Monner Sanz, Ricardo v. BCRA s/amparo - ley 16.986, con nota de Mario Bonfanti”, ED 167-94.

de los negocios, pues todas ellas responden a una estrategia agresiva con la finalidad de captar la mayor cantidad de público, pretendiendo lograr por medio de la adhesión la colocación de un producto o la fidelidad a una marca. Una tutela directa efectiva deberá enfocarse en cada uno de estos mecanismos para individualizarlos y atraparlos en su análisis jurídico para formular un análisis no sólo en cuanto a su carácter de vinculante para la empresa que lo desarrolla, sino también acerca de su legitimidad y veracidad (ventas domiciliarias, inducciones a contratar con premios o promociones de colocación de productos, etc.).

c) *Las técnicas de formación del contrato y de definición de su contenido y modos de ejecución*, que por excelencia se materializa mediante los contratos de adhesión. Se deberá evaluar con criterio adecuado las razones que allí se invoquen para que la redacción de dichas cláusulas no justifiquen una ruptura del sinalagma contractual.

III. LA ACTUACIÓN DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

En este contexto es que el art. 4º, ley 21.526, instituye al Banco Central de la República Argentina como autoridad de aplicación de la Ley de Entidades Financieras, velando por su buen funcionamiento con todas las facultades que la propia ley y su carta orgánica le acuerdan. Asimismo, el art. 14, inc. g), le atribuye al directorio la función de dictar normas reglamentarias para el buen funcionamiento del mercado financiero, así como también fijar las políticas generales tendientes al ordenamiento económico y a la expansión del sistema financiero, las cuales deberán ser observadas por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Expuesto de este modo, pareciera que la competencia del BCRA se limita a los mecanismos de protección propios de la tutela indirecta en el sentido que se ha desarrollado en el párrafo anterior, siguiendo la clasificación de Barbier. Sin embargo, ello no es del todo así, pues deberá ir dictando una normativa dinámica mediante circulares, comunicaciones y resoluciones que sirvan de respuesta directa frente a supuestos que tiendan a menoscabar la protección del cliente bancario. Es así como se han dictados comunicaciones específicas sobre cuestiones de mayor interés para el sector del usuario tales como las comunicaciones A 2147, A 2689, A 3052, A 3123 y A 3266 relativas a la forma de declarar la tasa y hacer la publicidad; la comunicación A 2423 sobre la creación del servicio de atención al usuario del sistema financiero; las comunicaciones A 2434, A 2470, A 2508, A 3075 y A 3244 concernientes a la posibilidad de revertir las operaciones debitadas en los sistemas de débito automático en cuenta; la comunicación A 2439 que impone a las entidades financieras la obligación de obtener de los clientes —como requisito previo a la apertura de cuentas y

como una cláusula integrante de los contratos— la conformidad expresa para el débito de comisiones y gastos.

IV. LA AUTORREGULACIÓN Y LAS NORMAS BANCARIAS UNIFORMES

Resulta de relevancia en cuanto al tema la adopción de criterios autorreguladores de la actividad financiera a través de normas bancarias uniformes previo acuerdo entre los bancos que aliviarán las funciones de la Superintendencia. La jurisprudencia tiene dicho que “las normas bancarias uniformes responden a la exigencia de las empresas en el sentido de tipificar las operaciones de masa que el banco lleva a cabo, con la predeterminación de cláusulas insertas en esquemas contractuales ya configurados, para evitar una competencia peligrosa entre bancos respecto de las operaciones de depósito, cuenta corriente y demás servicios bancarios”⁶. Este producto del acuerdo interbancario puede tener por objeto o efecto mejorar la competencia del sector o lograr una mayor transparencia en la relación banco-cliente en materia de tasas de interés, costos, gastos, comisiones y derechos por la prestación de los principales servicios. En este orden la Asociación Bancaria Italiana adoptó la primera iniciativa de autodisciplina, llamada el *Código Rondelli*, concluyendo un acuerdo interbancario vinculante para las entidades asociadas para la publicidad y la transparencia de las condiciones contractuales aplicadas a la clientela⁷. No obstante, a pesar de su utilidad, pueden presentar diversos inconvenientes tales como:

a) La redacción unilateral de las cláusulas que el destinatario acepta o rechaza sin posibilidad de modificarlas, más allá de que hayan sido concertadas por varios predisponentes.

b) Las políticas concertadas de las empresas pueden agravar aún más la situación ventajosa en que se encuentra la parte económicamente más fuerte de la relación, fortaleciéndose en razón de su experiencia jurídica y actividad monopolizada en desmedro de la parte débil, pudiéndole imponer fácilmente cláusulas vejatorias.

c) El eventual incremento de cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente como condiciones generales, en formularios de letra menuda que, dada la prisa con que suelen celebrarse los contratos singulares, no son leídas por los adherentes favoreciendo la comisión de abusos y fraudes⁸.

Un claro ejemplo en nuestro medio de esta clase de decisiones acordada por consenso entre las entidades del sector es la atinente a la estandarización de procedimientos para la administración, tasación e instrumentación de los prés-

⁶ C. Nac. Com., sala C, 4/8/1981, ED 95-696.

⁷ PEDRETTI, “Il credito al consumo nella nuova legge bancaria”, *Disciplina del Commercio*, 1994, nro. 2, p. 316.

⁸ MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, ps. 133 y 134.

tamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda (comunicación A 2563 BCRA) y de los préstamos a personas físicas con garantía prendaria sobre automotores (comunicación A 2586 BCRA), actualmente agrupados en la comunicación A 3055 BCRA.

V. LOS CÓDIGOS DE BUENA CONDUCTA BANCARIA

Han sido los propios bancos los que se han interesado en armonizar su relación con los consumidores, formulando declaraciones de contenido ético referente a las buenas prácticas bancarias, en las cuales se procura generar un ámbito de mutua confianza y de buena fe en las relaciones banco-cliente al tiempo que se determinan principios rectores de claridad y transparencia que deben regir la actividad, y evitar suspicacias y eventuales controversias entre las entidades y los consumidores ⁹. Es otro modo útil de aliviar y complementar la actividad de la autoridad de aplicación y fiscalización.

Su práctica se ha desarrollado con mayor intensidad luego de las recomendaciones dadas por la Comisión de la Comunidad Económica Europea y constituye una alternativa posible para alcanzar dentro de la actividad un comportamiento homogéneo y transparente que mejore la competencia y le confiera mayor seguridad a la clientela con efectos expansivos y ventajas para todas las partes intervinientes. En el ámbito europeo se desarrolló con óptimos resultados el “Código de Buena Conducta en Materia de Pagos Electrónicos”, a través de la directiva 87/598 de la Comunidad Económica Europea.

VI. OBJETO Y SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSUMO

El contrato de consumo es 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 éstos por parte del primero para su uso privado, familiar o social ¹⁰. La materia de la que es objeto el acto de consumo puede estar referida a un bien que desaparece tras su empleo, como al duradero; la contratación a título oneroso que tenga por finalidad la adquisición o locación de cosas muebles (art. 1º, inc. a], ley 24.240); la prestación de servicios (art. 1º, inc. b], ley 24.240); la recepción de cosas o servicios gratuitos como consecuencia de una contratación a título oneroso, por ejemplo, muestras gratis (art. 1º, dec. 1798/1994); la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso la de lotes de terreno ad-

⁹ BONFANTI, M. A., “Protección del cliente de banco”, RDCO 1989-493.

¹⁰ STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

quiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada (art. 1º, inc. c], ley 24.240).

Ahora bien, en cuanto a los sujetos que participan de la relación de consumo se distingue por un lado el consumidor y por el otro el profesional. El primero es la persona física o jurídica ubicada al concluirse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio, de ahí es que surge la noción de consumidor final. Resulta indistinto que dicho uso o utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar, en tanto lo sea para su esfera privada. Es lo que dispone nuestra ley al expresar: “Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social” (art. 1º, ley 24.240). El segundo sujeto que participa de la relación es el profesional, es decir, el agente económico que reviste las cualidades de productor, importador, distribuidor o comerciante, todo ello con rasgos de habitualidad y frecuencia lo cual excluye conceptualmente la transacción aislada o accidental. No obstante, nuestra legislación es más amplia e incluye a “todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios” (art. 2º, ley 24.240), con lo que se consagra una solución normativa distinta que será de suma importancia a los efectos de delimitar su inclusión o no en la relación de consumo.

De la definición dada en el párrafo precedente se infiere qué sujetos se encuentran excluidos de la relación de consumo. Entre ellos se destacan a primera vista el consumidor industrial, fabricante, profesional o revendedor que contrata con el propósito de que el bien o servicio objeto del negocio continúe su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución y comercialización. La ley aclara al respecto que “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios” (art. 2º, párr. 2º, ley 24.240).

VII. CARACTERIZACIÓN DEL CLIENTE BANCARIO

Definido ya el contrato de consumo, así como también su objeto y los sujetos que en él participan, es procedente indagar si el cliente bancario puede ser asimilado al consumidor. La actividad bancaria se nutre fundamentalmente de relación que se da entre las entidades financieras y los sujetos deseosos de bienes y servicios que aquéllas concentran. En esta relación es dable admitir diversos matices entre los niveles sociales, económicos y culturales de los interlocutores que se relacionan con la entidad. A los efectos del presente trabajo nos acotaremos para caracterizar al cliente bancario a aquellos sujetos que poseen

una vinculación no profesional como clientes singulares de la entidad, sin desconocer que las empresas de un gran giro comercial o determinados individuos revistan también la calidad de clientes, aunque el modo y sustancia en que se vinculan a la entidad sea de un nivel que merece una calificación distinta ajena a este trabajo.

El cliente tal como ha sido caracterizado a los efectos del presente será más fácilmente identificable de acuerdo con los siguientes rasgos tipificantes:

1. Según la naturaleza jurídica de la relación

Una postura tradicional ha limitado el concepto de cliente a la averiguación de si dicha persona ha celebrado alguno de los contratos típicos de la actividad bancaria, puesto que si así no fuera o si la contratación no tuviera por objeto la utilización de alguno de los servicios que presta el banco, quien así no actuare quedaría excluido de la condición de cliente. Dicha determinación ortodoxa se complementaba con la exigibilidad del secreto bancario. En este sentido un precedente jurisprudencial tiene dicho: “Por cliente debe entenderse no uno de paso, desconocido para el banco, sino aquel cuyos antecedentes le den todas las seguridades sobre la corrección de la adquisición del cheque que le ha presentado, pues si bastara que un individuo se hiciera abrir una cuenta para poder cobrar directamente un cheque cruzado, la eficacia del cruzamiento estaría seriamente comprometida”¹¹. Actualmente, el derecho al consumo no se limita al derecho contractual, aunque en buena parte es concomitante con éste. Prueba de esto es la extensión de sus tutelas a los usuarios eventuales del bien objeto de consumo (p. ej. los miembros de la familia del comprador). Existen razones morales y legales que justifican una interpretación amplia del concepto de cliente. Las de orden moral surgen de la necesidad de responder a la confianza que una persona ha depositado en brindarle a la entidad determinada información, sin perjuicio de que la contratación no se concrete, y las de orden jurídico, los principios de lealtad y buena fe que deben presidir los contratos. De ese modo, cliente no sólo serán quienes realicen determinadas operaciones con las entidades, sino cualquier persona que utiliza algunos de los servicios que presta una entidad financiera, por ejemplo quien cobra un cheque, quien efectúa un depósito a la vista, quien confía un mandato o una cesión, etc. De este modo, se expande la caracterización de cliente más allá de la restricción que impone un vínculo contractual o precontractual, pudiendo asignarle dicha calidad a cualquier sujeto

¹¹ Conf. C. Nac. Com., sala C, 30/8/1966, “Molinos Fexi SA v. Banco Popular Argentino s/ordinario”, ED 17-45.

que se acerca a la banca, haya concluido o no un negocio jurídico, en la medida en que dicho acercamiento tenga que ver con el objeto social de la entidad.

2. Según la intensidad de la relación

Al mediar una vinculación contractual continua surgen en cabeza del banco no sólo el cumplimiento de la prestación principal, sino también todas aquellas que están implícitas en la conexión: deber de seguridad, de reserva, de confidencialidad, de información, de probidad, etc. Estas ventajas que otorga la antigüedad no importan que el usuario ocasional en tanto cliente como hemos aclarado se vea privado de dichos deberes implícitos. En este sentido la jurisprudencia ha expresado que “el banco debe preservar la buena y adecuada atención de los jubilados, pensionados y mandatarios que acuden a sus sedes para la percepción de haberes, o de los operarios y empleados de empresas a quienes se les acreditan salarios al solo efecto de su percepción y sin ser titulares de cuenta, o aun respecto de un beneficiario de algún premio de los que ofrecen hoy los sistemas de juegos oficiales o simplemente pagar impuestos”¹². Como se observa en estos casos, el origen del contacto entre el banco y el cliente reconoce su fuente en una estipulación a favor de estos últimos a tenor del art. 504, CCiv.

3. Según sus condiciones subjetivas

La personalidad jurídica del cocontratante de la banca (p. ej., diferirá la ponderación si se trata de una persona física o de una sociedad anónima), agregada al ejercicio de su actividad, brindan una pauta orientadora para observar si cuando recurre a la entidad lo hace o no de un modo profesional. Ello determinará la configuración empresarial del sujeto y la naturaleza de la operación, lo cual contribuirá a proporcionar un cuadro característico de que sea aplicable o no la categoría de cliente. Esto será determinante para equipararlo al consumidor de la ley 24.240 en tanto se encuentre en una situación de inferioridad respecto de la entidad con la cual contratan.

VIII. IDENTIDAD DEL CLIENTE BANCARIO CON EL CONSUMIDOR

Esta problemática axial es de vital importancia en el desarrollo del presente trabajo. Existen al respecto dos posturas antagónicas que serán desarrolladas separadamente:

¹² C. Nac. Com., sala C, 4/5/2001, “Furbia SA v. Banco Galicia”, ED 194-315.

1. Postura restrictiva

Sus postulados han sido sostenidos mayormente por Bonfanti ¹³ en un trabajo que sirvió de réplica a una opinión amplia de Stiglitz ¹⁴. Allí sostiene este primer autor que la “bancarización” se opone al “consumismo” en tanto la primera es selectiva por la circunstancia de que el cliente de banco aprecia la conveniencia de operar bancariamente y su cultura financiera es distinta de la del consumidor (y, por ende, la dimensión entre las partes), ya que en la realidad de los hechos en todo el mundo existe un elitismo en la clientela de los bancos. Trata la defensa del consumidor como una suerte de moda sin mayor fundamento jurídico. Hace referencia a la bancarización multifuncional debido a la amplitud técnico-jurídica del banco moderno y a los nuevos productos financieros que éste ofrece y que en muchos casos resulta imposible determinar quién habrá de ser el consumidor final, por ejemplo en el caso del contrato de *swap*. A su vez justifica el *ius variandi* (variar el objeto, contenido o las modalidades de la operación de manera unilateral) por las implicancias que se suscitan en la actividad bancaria y por el riesgo sistémico al cual dicha actividad se encuentra sometida. Otro argumento fuerte de esta teoría restrictiva radica en el hecho de que el dinero como objeto mediato de la contratación bancaria y el crédito como promesa de pago diferido que lo contiene en consideración a su naturaleza jurídica que son el objeto de las operaciones de mutuo, piedra angular de la negociación bancaria, no constituyen productos adquiridos o usados por el destinatario final, pues conducen al proceso de transformación que conduce al consumo, pero no son en sí mismos consumo, sino que por el contrario son instrumentos o medios de pago que circulan en la sociedad y con relación a los cuales no hay destinatarios finales ¹⁵. En este orden sólo resultaría aplicable la ley 24.240 a las entidades financieras en tanto y en cuanto desarrollen actividades de servicios, quedando excluidas las operaciones tradicionales de mutuo.

2. Postura expansiva

Se sostiene que la ley 24.240 surge de la necesidad de crear una red de contención frente a los comportamientos avasallantes de los empresarios sin discriminación entre adquisición y financiación, ya que disciplinó junto con la relación de consumo —comprensiva de los servicios—, la relación del crédito al consumo ¹⁶. De ese modo, quienes presten servicios de cualquier naturaleza

¹³ BONFANTI, M. A., “El cliente de banco”, JA 1999-II-715.

¹⁴ STIGLITZ, Rubén S., “Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros”, LL 1998-C-1035.

¹⁵ WALD, “El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las entidades financieras”, RDBAF 1991-574.

¹⁶ BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria...*, cit., p. 76.

estarán obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos o publicitados, según lo dispone el art. 19, ley 24.240. Asimismo, el art. 36 establece que en las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberán consignarse bajo pena de nulidad las modalidades de la ejecución. Por otro lado, si bien al referirse a “proveedor” la ley no hace ninguna mención expresa a las entidades bancarias (salvo en lo atinente a créditos para el consumo) ha de considerarse que éstas se encuentran alcanzadas, puesto que se trata de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 2° que en “forma profesional (...) prestan servicios a consumidores o usuarios” y que no se trate de uno de los servicios expresamente excluidos¹⁷. En cuanto al argumento de que el dinero o el crédito no constituyen al usuario bancario en consumidor final ha sido refutado, sosteniéndose que, aun si el crédito fuese destinado a alguna forma de inversión con el propósito de obtener una renta, la relación habida entre el cliente y la entidad financiera constituye desde la perspectiva de aquél un consumo dado que con su percepción ha consumido el crédito otorgado por el banco.

IX. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Siguiendo con la línea argumental que venimos desarrollando desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo, el contrato bancario constituye un contrato de consumo y, como tal, le resultan aplicables la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) y su dec. reg. 1798/1994. Ello así, pues se trata de la prestación de un servicio (art. 1°, inc. b], ley 24.240) realizado por el banco en su condición de persona jurídica pública o privada, con carácter profesional, en favor de una persona física o jurídica que contrata a título oneroso (art. 2°, ley 24.240) para su consumo final, o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1°, ley 24.240).

Por esta razón se deduce que la Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a las entidades financieras, lo que se ve reforzado normativamente por lo dispuesto por el art. 36-2, ley 24.240, al establecer 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”, debiendo entenderse como tales las celebradas “para la adquisición de cosas o servicios” (art. 36-1, ley 24.240).

A su vez integran el contenido del contrato bancario —típico contrato por adhesión—, las reglas de conducta a las cuales —en principio— se deben subordinar las partes. Las aludidas reglas de conducta no se agotan con los preceptos creados por el predisponente (banco) y que se enuncian como condicio-

¹⁷ BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor”, ED 155-493.

nes generales, ya que el contenido de la regulación de los intereses de la operación jurídica considerada (contrato bancario) se halla integrado también por reglas de conducta que no se originan en la voluntad “común” de los contratantes, sino en mandatos predispuestos por la parte fuerte de la relación.

Lo dicho no empece a que las reglas de conducta contenidas en las condiciones generales sean preceptos acordados por las partes, aun cuando se trate de la creación exclusiva del banco, lo que no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de reglas de conducta suministradas por otro es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido a formalizarse.

Existe una única referencia de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) a los contratos por adhesión del que el contrato bancario es una de sus aplicaciones. Se halla ubicada en el cap. IX referido a “los términos abusivos y cláusulas ineficaces”. En efecto, 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 “contrato de adhesión” se establece que la autoridad de aplicación (Secretaría de Industria y Comercio) “vigilará que los contratos de adhesión” no contengan cláusulas abusivas. En consecuencia, tratándose los contratos bancarios de contratos por adhesión a condiciones generales, las cláusulas abusivas que contengan se hallan disciplinadas por la Ley de Defensa del Consumidor, sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de derecho común (arts. 18, 21, 953, 954, 1038, 1039, 1066, 1071 y 1198, CCiv.). Sin embargo, la ley 24.240 no contiene una definición de lo que son las cláusulas abusivas, pero, en cambio, sí lo hizo el dec. 1798/1994 del 13/10/1994, reglamentario de la referida ley. Según el art. 37: “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 derivan del contrato importará abuso si (b) perjudica inequitativamente al consumidor o usuario.

X. CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR INSERCIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

A continuación, procederé a enunciar algunos casos potenciales en los que se puede dar lugar a la responsabilidad de las entidades financieras en la contratación ante el consumidor. Ello, sin perjuicio de mencionar algunos casos jurisprudenciales que han consagrado dicha responsabilidad.

1. Cláusula de prórroga de competencia incluida en una “solicitud de ingreso al sistema de cuentas personales”

Un precedente jurisprudencial de la Cámara de Mar del Plata consideró que, en el caso, coincidían en la ciudad de Mar del Plata a) el lugar de celebración, b) el domicilio del cliente, y c) el lugar de ejecución del contrato, por lo que la inclusión de la cláusula de desplazamiento jurisdiccional en un contrato por adhesión, como lo constituye el bancario, infringe el principio de defensa en juicio consagrado por el art. 18, CN, en razón del costo que implica para el cliente litigar fuera del lugar de su propio domicilio. Sobre la base de tales argumentaciones se declaró la nulidad de la referida cláusula en cuanto importa una renuncia o restricción a los derechos del usuario o ampliación de los derechos del Banco.

2. Cancelación intempestiva del uso de tarjeta de crédito

Se trata en el caso de cancelación *ad nutum*, esto es, sin la expresión de una causa que la justifique y sin un razonable preaviso. La jurisprudencia ha hecho responsable a las entidades que actúen bajo dicho proceder por haber encarado en forma profesional la prestación de un servicio oneroso de alcances masivos, que ponían en cabeza de la entidad la obligación de disponer de una organización idónea para atender con diligencia la situación de cada cliente en particular a los efectos de evitarle problemas innecesarios. Incluso en este mismo precedente se admitió la condena por daño moral en un doble sentido: a) como sanción ejemplar de un proceder reprochable; b) como reparación de quienes padecieron las consecuencias aflictivas de dicho proceder (en el caso se trató de un turista que se vio imposibilitado de disponer de la tarjeta en el exterior). Como afirmó Paolantonio, no siendo aplicable por razones de vigencia temporal la ley 24.240, la solución se encauzó por la aplicación de normas generales del derecho privado contractual, particularmente en el principio de la buena fe¹⁸.

3. Contrato de tarjeta de crédito emitida por el banco donde se incluye una cláusula por la que se establece que, a los fines de la determinación del saldo deudor, será suficiente lo que resulte del acta notarial expedida por la entidad

Este caso ha sido resuelto por la jurisprudencia española¹⁹, donde se ha tenido por abusiva esta cláusula mediante la cual el titular consiente que será prueba suficiente el acta notarial del saldo expedido. A tal fin argumentó:

¹⁸ PAOLANTONIO, Martín E., “El control judicial de las cláusulas predisuestas y un fallo ejemplar”, ED 176-458.

¹⁹ Audiencia Provincial de Barcelona, 28/11/1997, *Revista Jurídica de Catalunya* (418).

a) que la cláusula se halla escrita con letra extremadamente diminuta, de difícil visibilidad;

b) que en los términos del art. 10.1.3, Ley General de Defensa de Consumidores (26/1984) constituye objetivamente un desequilibrio de los intereses en perjuicio del consumidor y una práctica poco razonable la circunstancia que el emisor limite la prueba del cargo al resultado de su propia certificación del saldo con omisión del comprobante firmado por el usuario.

4. Gastos de tasación impuestos al cliente, no asumidos por éste en el contrato de préstamo hipotecario

Otro precedente de la jurisprudencia española tiene decidido que “el cargo efectuado unilateralmente por la entidad bancaria en la cuenta abierta por el usuario en concepto de gastos de tasación pericial resulta improcedente y sin causa que lo justifique por falta de convención o consentimiento del titular de la cuenta”²⁰. En nuestro medio también se ha impedido que las entidades impongan a sus usuarios cargos no informados sobre el seguro de vida sobre el saldo deudor de los usuarios de tarjetas de créditos por violar el derecho a la información y a la propiedad. En tal sentido se le han dado tres órdenes a la entidad: 1) Restrinja el cobro del rubro “Gastos por gestión de cobranza” a la suma pactada originariamente, es decir, \$ 3,50 más IVA. 2) Comunique fehacientemente a todos los clientes de tarjetas de crédito que se les otorga un plazo de veinte días para que manifiesten si desean la cobertura del seguro de vida. 3) Suspenda el cobro del cargo a aquellos usuarios que manifiesten su resistencia a éste²¹.

5. Aplicación de tasas de interés por descubierto en el contrato de apertura de cuenta corriente, desconocidas por el usuario

Sobre la cuestión un tribunal español declaró la nulidad de la cláusula por la que se establece que “si por cualquier circunstancia se producen descubiertos se acreditarán en cada momento el tipo de interés y la comisión indicada en el anverso o, en su defecto, los que el banco tenga publicados para este supuesto”²². Las razones invocadas se sustentan en que la cláusula contiene una remisión genérica a los tipos de interés que el banco tenga publicados para este supuesto, información que difícilmente pueda ser conocida por el adherente, infringiéndose así lo dispuesto por el art. 10.1.a), ley 26/1984, Ley General

²⁰ Audiencia Provincial de Orense, 15/5/1997, *Boletín de Información del Instituto Nacional de Consumo*, Madrid, nro. 13, diciembre 1997.

²¹ Sup. Corte Bs. As., 23/23/2002, “Dirección General de Defensa del Consumidor - Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires v. Banco Lloyds Bank”.

²² Audiencia Provincial de Tarragona, 20/3/1995, *Revista General de Derecho* (11.138).

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto exige que las condiciones generales deben cumplir como requisitos el de ser concretas, claras y sencillas en la redacción, con posibilidad de comprensión directa y sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

6. Aplicación de intereses moratorios al contrato de préstamo, cuya tasa es aplicada por el banco por remisión a una cláusula desconocida por el usuario

Se trata de un supuesto muy similar al anterior. Se da para el caso del modo de fijación del interés por mora, el cual debería exigir el conocimiento de una tasa que conste en el documento contractual y cuyo importe no sea determinado unilateralmente por el banco según operaciones o criterios desconocidos por el prestatario.

7. Cláusula de un contrato de crédito para el consumo por la que se obliga al usuario, en carácter de garantía, a la firma complementaria de un pagaré en blanco

Se trata de una cláusula abusiva y propensa a fraudes en tanto el usuario se ve privado de la intervención tanto en el momento de conclusión del contrato como en la etapa de liquidación y determinación del saldo deudor resultante, con lo cual se ve impedido de realizar la labor de información y asesoramiento a que tiene derecho.

8. Cláusula exonerativa de responsabilidad del banco por daños y perjuicios sufridos por los clientes por pérdidas sufridas por las cosas contenidas en cajas de seguridad debidas a la apertura de ésta por cualquier causa o con motivo de todo otro hecho o siniestro

En un fallo de la Cámara Comercial se consideró que, siendo de la esencia del contrato de caja de seguridad el deber de custodia y vigilancia por parte del banco, la cláusula por la cual pretenda liberarse de responsabilidad “no tendrá valor alguno”, pues se trata de una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente que desvirtúa el objeto del contrato que no es otro que la máxima seguridad contra el riesgo de robo o pérdida de las cosas ²³.

²³ C. Nac. Com., sala B, 26/3/1993, “Sucarrat G. v. Banco de Galicia y Buenos Aires”, LL 1994-E-437.

9. Cláusula que faculte al banco a rescindir unilateralmente una operación de crédito si se produce alguna circunstancia que transforme la acreencia en “cobro dudoso”

En el caso de la celebración de un contrato de crédito cuyo objeto es la negociación (descuento) de letras de cambio, pagarés, efectos de comercio y otros documentos hasta un determinado monto y en el documento contractual se incluyó una cláusula que faculta al banco a rescindir unilateralmente el contrato con fundamento en que la acreencia se torne en “cobro dudoso”, en cuyo caso la entidad se halla facultada para dar por perdidos al usuario la totalidad de los plazos de la negociación. La expresión “cobro dudoso” es lo suficientemente ambigua y peligrosa como para que el banco, en su carácter de redactor de ella, deba cargar con las consecuencias derivadas de la falta de claridad.

XI. CONCLUSIÓN

Inicialmente, los bancos se han caracterizado por ser entidades de carácter privado como fuente de provecho sólo para sus titulares y con ámbito de gravitación acotada dentro del entramado social. En la actualidad se han convertido en instituciones de fuerte interés público al servicio de la sociedad, cumpliendo operaciones determinantes a los fines de alcanzar un equilibrio económico, monetario, político y social.

Esta creciente influencia de las entidades en la vida pública y el hecho de concentrar grandes masas del ahorro nacional, así como también la posibilidad de crear nuevos medios de pago, han justificado la intervención normativa del Estado sobre la actividad bancaria. Este intervencionismo no sólo se ve plasmado en un conjunto de disposiciones que regulan el sistema bancario o en lo atinente a su organización y regulación, sino también en las normas referidas a las obligaciones que las entidades deben observar en la contratación con sus clientes. Si bien resulta lógico que la escala tuitiva deberá guardar una relación proporcional a las menores posibilidades de cada uno de sus cliente sean de índole cultural, técnica o económica, diferenciando a tal efecto las categorías negociales de los sujetos que se vinculan a la banca en función de su grado de información, magnitud y profesionalismo en la materia, es a todas luces indubitable que el ahorro y el crédito merecerán siempre un cuidado calificado sin importar quiénes intervienen como contraparte en las actividades financieras.