**Voces:** UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ CONTRATO BANCARIO ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ CONSUMIDOR ~ USUARIO ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ DERECHOS DEL USUARIO ~ DERECHO DE INFORMACION ~ CLIENTE DE ENTIDAD FINANCIERA ~ CONSENTIMIENTO ~ ENTIDAD FINANCIERA ~ RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA
**Título:** Contratos bancarios con consumidores y usuarios
**Autor:** Parducci, Diego Martín
**Publicado en:** Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 241
**Cita Online:** AR/DOC/1127/2015

**Sumario: I. Introducción.— II. Lineamientos generales del código unificado: información plena como pauta moderadora de toda la regulación.— III. ¿Quiénes son los consumidores y usuarios bancarios?— IV. Acerca de las comisiones, cargos y demás costos bancarios.— V. Ineficacia del consentimiento tácito en los contratos con consumidores.**

## I. Introducción

A pocos meses de que entre en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha adquirido una nueva dimensión la temática que aquí abordaremos.

Hasta hoy no existían en nuestro ordenamiento jurídico —ni tampoco se habían proyectado en los intentos de unificación previos— normas que se ocuparan de los contratos bancarios como una categoría legal autónoma.

Las leyes sobre tarjetas de crédito y leasing, las escasas disposiciones relativas a la cuenta corriente bancaria insertas en el Código de Comercio como algunas otras previsiones generales sobre contratos y garantías establecidas en el Código Civil, representaron sólo una parte de las distintas variantes de contratos que conforman esta específica categoría, aunque sin formar parte de una metodología legal que los haya sistematizado armónicamente a todos ellos como a tantas otras operaciones que la práctica bancaria cotidiana reconoce.

Las mayores regulaciones en la materia —que en varios aspectos relevantes han sido aprehendidas en la novel codificación— fueron dictadas por el Banco Central en su calidad de contralor y regulador de la actividad bancaria. (1)

Inclusive, la Secretaría de Comercio Interior —como autoridad de aplicación del estatuto del consumidor (2) — ha dictado también algunas reglas respecto a las prácticas bancarias que definieron los contornos de varios de esos contratos. (3)

Pero más allá de ese inorgánico marco legal —que hasta hace no tantos años atrás se reducía a muy escasos aspectos de este tipo de contratación que con el tiempo se ha ido perfeccionando—, el resto del contenido de los diferentes contratos empleados en la dinámica diaria de esta actividad ha quedado sujeto a la autonomía unilateral de los bancos, a partir de la confección de formularios predispuestos con condiciones generales de contratación.

Ninguna participación tienen los clientes bancarios en la discusión de tales estipulaciones, encontrándose limitados a dar su simple adhesión a los documentos —por lo general muy extensos y de engorrosa lectura (sea más o menos visible la letra empleada)— que ponen delante suyo. Y esa realidad le cabe no sólo a los clientes encarnados en personas físicas —comerciantes o no— sino también a las empresas que operan a través de una sociedad comercial.

Esa es la esencia del fenómeno contractual que nos ocupa; y de esa realidad deriva la alta conflictividad que en esta materia llega a los tribunales.

No obstante, este panorama legal próximamente se verá renovado —analizaremos luego, si lo será en términos sustanciales— en razón de que los codificadores han diseñado en el nuevo Código Civil y Comercial una serie de disposiciones generales acerca de los contratos bancarios entre los arts. 1378 y 1389; y otras de carácter especial, a partir de regular algunos de los contratos que quedan incluidos bajo esa denominación, como lo son el depósito bancario (arts. 1390 a 1392), la cuenta corriente bancaria (arts. 1393 a 1407), el préstamo y descuento bancario (arts. 1408 a 1409), la apertura de crédito (arts. 1410 a 1412), el servicio de caja de seguridad (arts. 1413 a 1417), la custodia de títulos (1418 a 1420) y el factoraje (arts. 1421 a 1428), que si bien no se lo incluyó dentro de esta categoría de contratos, no hay dudas que pertenece a una operación típica de la banca o de otro tipo de entidades financieras con el propósito de apuntalar el financiamiento empresario.

Sólo nos ocuparemos aquí de los contratos bancarios celebrados con "consumidores y usurarios", noción que —según veremos— lejos de circunscribir el ámbito de estudio, introduce serias dudas interpretativas de las que ya daremos cuenta más adelante.

Desde la perspectiva de estos últimos, en cualquier caso, la consistencia de su protección frente a la actividad bancaria no se ha visto desmerecida por la ausencia de una normativa general que se ocupara de tan

especial fenomenología contractual proclive, sin dudas, a caer en prácticas contrarias a los derechos que la propia Constitución Nacional en su art. 42 manda a tutelar.

Las respuestas jurídicas a esas demostradas patologías han sido halladas por los tribunales en la Ley de Defensa del Consumidor.

Es cierto, no obstante, que a lo largo de estos últimos 20 años hemos sido testigos de diferentes paradigmas en torno a cómo deben ser concebidos y aplicados los derechos de los consumidores en diferentes ámbitos del mercado (vgr. seguros, telecomunicaciones, servicios financieros en general, planes de ahorro para venta de automotores, etc.).

Tan así fue, que la ley 26.361 ha sido un hito legislativo —a nuestro juicio muy significativo— a efectos de consolidar la cosmovisión protectoria que debía orientar toda valoración judicial sobre la vigencia y afectación de los derechos de los consumidores.

Por esa razón, en la actualidad y salvo al abordar muy puntuales temáticas, existe consenso legislativo, doctrinario y jurisprudencial sobre lo relevante y socialmente imperioso que resulta profundizar la protección legal de este grupo de sujetos que operan incesantemente en el mercado de bienes y servicios.

De ahí que la ley 24.240 haya intentado —inspirando a los operadores jurídicos en esos principios superiores a los que hicimos referencia— equilibrar la posición contractual de desventaja que inevitablemente consumidores y usuarios presentan en sus relaciones con las entidades financieras debido a su posición de vulnerabilidad en este tipo de negocios.

Sin embargo, a diferencia de otros ámbitos de la economía donde los consumidores también se enfrentan a un alto grado de vulnerabilidad jurídica respecto de los oferentes de bienes y servicios, las relaciones jurídicas con entidades financieras han recibido un tratamiento especial por parte del nuevo código, el cual se ha ocupado de distinguir dentro de la categoría general de los contratos bancarios a aquellos celebrados con consumidores y usuarios, destinándoles una serie de disposiciones que delinean aspectos estructurales para la obtención del consentimiento, sobre la forma, el contenido y la publicidad que debe rodearlos.

A lo largo de la exposición, veremos la íntima conexión de estas específicas disposiciones con el resto de las normas incorporadas al código unificado sobre contratos predispuestos y contratos de consumo.

Y todas estas normas junto a la ley 24.240 conformarán, asimismo, un promisorio escenario legal para resolver los abundantes conflictos que suceden en torno a la contratación bancaria, no sin poner sobre la mesa nuevas perspectivas de análisis y algunas oscuridades interpretativas que a los operadores jurídicos nos corresponderá dilucidar.

## II. Lineamientos generales del código unificado: información plena como pauta moderadora de toda la regulación

i) Metodología de la codificación

Nos parece relevante retomar algunas consideraciones adelantadas en la introducción acerca de la manera en que fueron regulados este tipo de contratos.

En tal sentido, dentro de la categoría general de "Contratos bancarios" incluida en el Capítulo 12, del Título IV (Contratos en particular), correspondiente al Libro III (Derechos personales), fueron definidas, por un lado, ciertas reglas aplicables a cualquier tipo de operación que pueda ser subsumida en esta especie, bajo la denominación "Transparencia de las condiciones contractuales", ubicadas en el parágrafo 1º (art. 1378 al art. 1383); y, por el otro, normas específicas —aunque también de carácter general— sobre "Contratos bancarios con consumidores y usuarios", en este caso, ubicadas en el parágrafo 2º del mismo capítulo (art. 1384 al art. 1389).

Analizando la impronta de todas estas disposiciones en orden a la publicidad y contenido de los contratos bancarios, evidentemente, éstas apuntan a regular operaciones de crédito —en tanto se alude a "tasas de interés", a "montos mínimos y máximos", a "costo financiero total" o a "ofertas de crédito existentes en el sistema"—, más allá de que, poniendo el foco en la información que se le debe proporcionar al cliente bancario, otros servicios que la banca ofrece también puedan quedar alcanzados por el espíritu de esta nueva reglamentación. Nos referimos, por ejemplo, al de depósito bancario, al de caja de ahorro, a las cuentas sueldo o al servicio de caja de seguridad, los cuales, si bien no exigen por parte de estas instituciones ninguna modalidad de provisión financiera, es evidente que son contratos bancarios habituales que no escapan al deber de información que impregna a todas estas disposiciones.

Entre las aludidas operaciones de crédito —reitero, objeto central de la tutela legal— ubicaremos al sistema de tarjeta de crédito, al préstamo bancario, a la operación de descuento, a la apertura de crédito, a la autorización para girar en descubierto en el marco de una operatoria de cuenta corriente bancaria, al sistema de capitalización y ahorro, entre otras que el legislador no tuvo la pretensión de precisar, permitiendo de este modo un flexible ámbito de aplicación de todo el conjunto de reglas y principios en materia de contratación bancaria, en general o con consumidores y usuarios.

Respecto al puntual grupo de contratos bancarios que nos ocupa, es del caso reconocer que si bien fueron muy pocas las normas diseñadas sobre tan relevante fenómeno económico y jurídico, se brindaron, no obstante, reglas estructurales que abarcaron aspectos que involucraron desde la publicidad en la etapa previa a la formación del consentimiento, hasta su forma y algunos rasgos generales de su contenido.

Algunos temas con gran relevancia práctica quedaron excluidos. A nuestro juicio, una de las omisiones más importantes se relaciona con la contratación por medios informáticos o telefónicos, los que en la actualidad tienen un alto impacto en la concreción y ejecución de los contratos bancarios con consumidores y usuarios. En ese sentido, las normas sobre contratos celebrados a distancias incluidas como parte del Título III del mismo Libro III dedicado a los contratos de consumo, se nos presentan insuficientes para resolver las problemáticas que presenta esta modalidad de contratación.

Sin embargo, todas estas disposiciones, que pusieron los cimientos de esta nueva categoría legal de contratos —aunque muy conocida en lo que se refiere a su utilización en la práctica bancaria—, necesariamente deberán ser integradas para completar su contorno normativo con aquéllas otras que regirán los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y, obviamente, las relativas a los mencionados contratos de consumo, de las que, a su vez, también son una subespecie.

Resta destacar, que si bien el codificador ninguna alusión hizo de las mencionadas regulaciones administrativas que sobre esta materia vienen dictando desde hace muchos años, tanto el BCRA como la Secretaría de Comercio Interior —a nuestro juicio, dada la relevancia práctica de su contenido, hubiese sido pertinente una referencia a ellas de modo de integrarlas a esta nueva sistematización —, la fisonomía definitiva de los contratos bancarios con consumidores y usuarios no podrá comprenderse en su total dimensión sino se completa el análisis contemplando tan profusas disposiciones que, en los hechos, aparecen como una fuente directa de los pocos artículos introducidos por el nuevo código en esta puntual materia.

ii) Relación de consumo y naturaleza del proveedor

No es posible brindar un concepto preciso que defina o caracterice toda la amplia gama de operaciones incluidas en esta noción contractual; no por lo menos, con la pretensión de que una sola definición sea suficiente para abarcar a todas ellas. Contratos muy disímiles entre sí en cuanto a su forma, prestaciones, efectos y finalidad económica podrán formar parte de este grupo. Y muchos de esos mismos contratos, en determinados casos, podrían no formar parte de él.

De hecho, el codificador se limitó a aclarar —como concepto englobante de un sinnúmero de operaciones bancarias— que "...las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios..." (art. 1384).

Sin embargo, lo que sí podremos extraer —y es evidente que ese fue el objetivo del codificador— son los principios y reglas que deberán ser aplicados por el intérprete cuando se enfrente a contratos de consumo, o más específicamente en el caso que nos ocupa, a contratos bancarios con consumidores y usuarios.

Es que al hablar de los contratos que quedan comprendidos en esta categoría, no se está aludiendo a una figura puntual. Lo que unifica a todo este grupo, es la relación de consumo que se configura —con independencia del negocio instrumentado (vgr. préstamo bancario, depósito, cuenta corriente bancaria, etc.)— entre las entidades financieras y sus clientes. En términos generales, la definición que se incorporó en el código de lo que debe ser entendido por "relación de consumo" (art. 1092) no innovó respecto de la ya existente en el art. 2º de la ley 24.240. (4)

De ello deriva, que los contratos bancarios con consumidores y usuarios serán aquellos en los que estemos en presencia de una relación de consumo, caracterizada por la circunstancia de que el proveedor (5) sea alguna de las entidades enunciadas en el art. 2º de la Ley de entidades financieras (6) como cualquier otra persona o entidad pública o privada que, aun no encontrándose incluida en esa enumeración, el BCRA —por realizar estas últimas intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros— le haya extendido la aplicación de la referida normativa (arts. 1378 y 1384).

La noción de consumidor y usuario bancario —es decir, el otro extremo de la relación de consumo— merecerá, en cambio, ciertas precisiones que abordaremos por separado. Sólo apuntaremos en este apartado que, debido a la naturaleza de los servicios bancarios, los contornos de lo que debe ser entendido por consumidor hoy no son claros, pudiéndose vislumbrar nuevas corrientes interpretativas —que no sin valederos argumentos— incluyen bajo el amparo de la ley consumerista, a las sociedades comerciales y al empresario en general, respecto de operaciones de financiación de su propia actividad empresarial.

En cambio, la discusión que puede entenderse superada en la actualidad, es la que reducía el alcance de la protección sólo a los supuestos de adquisición de bienes o servicios para consumo, descartando a las habituales operaciones de préstamo y poniendo toda la atención sobre los proveedores no financieros de tales bienes y servicios, pero sin involucrar a las entidades financieras a través de las cuales estos últimos concretan la financiación para adquirir los aludidos bienes. (7)

Dicha tesis se sostenía, fundamentalmente, en que el dinero no reviste la naturaleza de cosa, dado que

representa una unidad de cambio o reserva de valor. Por lo tanto, al no estar autorizados los bancos a vender cosas —supuesto al que alude el art. 36 LDC—, las operaciones de crédito bancario quedaban excluidas del ámbito de protección de los consumidores.

Al respecto, sólo cabe precisar que el juego armónico de los citados arts. 1378 y 1384, es categórico en cuanto a que las entidades financieras deben ser consideradas proveedores en el marco de una relación de consumo. Pero además, los términos amplios que surgen de la regulación general de los contratos bancarios establecida en el parágrafo 1º, sin precisar ninguna operación en particular, descarta también que otro tipo de operaciones que no se encuentren estrictamente identificadas con el supuesto previsto en el art. 36 LDC, queden necesariamente fuera de la aludida protección.

Lo determinante, como dijimos, es que entre la entidad financiera y una persona física o jurídica se configure una relación de consumo, para que una operación así entendida quede comprendida dentro de los contratos bancarios con consumidores y usuarios, y con ello, le sean aplicables la amplia gama de reglas protectorias existentes en la materia.

iii) Relevancia del preludio contractual. La formación del consentimiento

a) Publicidad precontractual

El consentimiento, como reunión de la oferta y la aceptación, sigue siendo el hito fundacional de todo contrato.

No obstante, al estar en presencia de contratos de consumo, la manera en que la intersección de una y otra se producen, presenta notables diferencias con otro tipo de contrataciones en las que no se manifiesta una relación de consumo.

El principio protectorio ha de jugar un rol fundamental en la gestación del contrato como resultado de una intervención estatal interesada en reducir la desigual posición que existe entre proveedores de bienes y servicios —en nuestro caso, entidades financieras— y los consumidores.

Dos son los ejes en los que se apoya la necesaria injerencia del Estado en la emisión de la voluntad de este grupo vulnerable de sujetos: por un lado, en la información destinada a los consumidores y usuarios para que estén en condiciones de comprender con claridad las características de los servicios que habrán de contratar y el alcance de las obligaciones a las que quedarán sometidos; por el otro, evitar —o en su caso invalidar— prácticas comerciales abusivas o el resultado económico o jurídico que emana de su ejecución.

Desde la perspectiva de la información suministrada a los clientes, el principal problema que deriva de la contratación bancaria es que se comprenda cuál es el costo real de las operaciones celebradas.

Al elaborar las condiciones generales de los diferentes productos financieros que son ofrecidos en el mercado, los bancos, además de los extensos clausulados con que describen tales operaciones, introducen también un sinnúmero de prestaciones directamente asociadas al objeto principal de la contratación (vgr. tasas de interés, comisiones por mantenimiento de cuenta, cargo por renovación anual, comisiones por giro en descubierto, etc.) o que le son conexas (vgr. diferentes tipo de cargos o la contratación de servicios como el seguro de vida), cuya relevancia económica recién es percibida por los clientes cuando el contrato empieza a ser ejecutado.

Más allá de la ilicitud que esas tasas, comisiones y cargos muchas veces encubren, lo cierto es que la nueva codificación es contundente acerca de la información que debe ser proporcionada a los consumidores financieros sobre tales aspectos.

La protección no se limita a la claridad que debe resultar de la documentación a la que adherirá el futuro cliente: ella debe existir desde el momento previo a la contratación, de modo tal que este último se encuentre en condiciones, primero, de llegar suficientemente informado al momento de emitir la aceptación (art. 1100); y segundo, para que aquél haya podido valorar otras ofertas existentes en el mercado sobre el mismo producto financiero (art. 1387, párrafo primero).

A tal fin se les exige a los bancos la colocación de anuncios que de forma concisa y con ejemplos concretos ayuden a entender la significación económica de la operación ofrecida, en los que se deberán especificar: a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas; b) la tasa de interés y si es fija o variable; c) las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación; d) el costo financiero total en las operaciones de crédito, e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios y, finalmente, f) la duración propuesta del contrato (art. 1379, párrafo segundo, y art. 1385). (8)

Además, como adelantamos, no sólo el banco deberá cumplir ese deber de información respecto de sus propios productos, sino que también deberá proveerle —como una obligación precontractual expresamente impuesta en cabeza suya— información "suficiente" para que el consumidor pueda compararla con otras ofertas de créditos existentes en el mercado.

Así lo establece el art. 1387, párrafo primero, al disponer que "...Antes de vincular contractualmente al

consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicados por el Banco Central de la República Argentina...".

La redacción de esta norma nos provoca bastante incertidumbre sobre lo que realmente espera el legislador cuando el banco deba ejercer la obligación precontractual en ella establecida.

Es evidente que con ella —cuya fuente no se detecta en las comunicaciones del BCRA— se persigue provocar una mayor competencia entre las entidades financieras que termine beneficiando a los consumidores, lo cual, demás está decir, vemos como una finalidad muy positiva en el campo de los contratos bancarios.

No obstante, no resulta claro a nuestro juicio el modo en que ello deberá concretarse.

Cualquiera sea la interpretación a la que se arribe, lo que no parece dudoso es que las entidades financieras deberán armonizar entre sí la forma de exposición de la información inherente a los productos que ofrecen, a fin de que los consumidores estén en condiciones reales de efectuar tal comparación. Y en orden a eso, parecería que el BCRA debería nuclear, de alguna manera que la normativa no especifica, toda esa información. (9)

Una lectura posible —aunque no desconocemos que estamos forzando el texto literal— conduciría a exigirles a los banco que le proporcionen al cliente, no sólo la información atinente al producto por ella ofrecido —lo que en cualquier caso debería cumplirse de acuerdo a los establecido en los arts. 1100, 1379 y 1385— sino también la correspondiente a los productos que otros bancos también ofrecen. De seguirse esa inteligencia de la norma, el agente de crédito que reciba al consumidor debería obtener esa información organizada por el BCRA para que en ese mismo momento y previo a la concreción de la operación, el futuro cliente pueda evaluar la conveniencia de lo que le están ofreciendo.

La otra lectura posible —que forzaría menos la redacción del artículo, aunque su finalidad no lograría comprenderse considerando la existencia de otras normas que mandan a informar debidamente a los consumidores sobre los servicios a contratar— sería que el banco sólo debiera proporcionar información previamente estandarizadas en cuanto a su forma de exposición en todo el sistema bancario, de manera que los consumidores por sí solos estén en condiciones de realizar ese estudio de mercado.

A lo que agregamos, que tampoco queda muy clara la manera en que el banco se aseguraría de demostrar el cumplimiento de esa obligación precontractual; nos preguntamos al respecto si bastaría con que tal información se encuentre disponible, por ejemplo, en su sitio web o, en cambio, será necesario hacerle firma al cliente alguna documentación en la que se deje constancia de que se le proporcionó esa información comparativa.

Dejamos así planteadas nuestras dudas sobre la cuestión.

Ahora bien: este primer aspecto en torno al intervencionismo dirigido a una transparente gestación del contrato, se completa con una serie de prohibiciones en relación al modo en que debe ser brindada la aludida información.

En tal sentido, el art. 1101 —norma de carácter general aplicable a todos los contratos de consumo— "...prohíbe toda publicidad que contenga: a) indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad...".

Y estas prohibiciones, no quedan reducidas sólo a la acción para lograr la cesación de la publicidad ilícita (art. 1102), sino que de haber sido inducido el consumidor por los términos de aquélla, las precisiones formuladas obligarán a la entidad financiera en los términos publicitados (art. 1103). (10) En el campo contractual que nos ocupa, su trascendencia podrá ser especialmente percibida en torno al contrato de tarjeta de crédito y en los planes de capitalización y ahorro, donde la intensa publicidad tiene una especial injerencia en la captación de clientes.

Finalmente, tiene un efecto práctico muy importante la obligación establecida en el segundo párrafo del citado art. 1387, en cuanto establece que "...Si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo...".

Es bien conocida la gran conflictividad judicial alrededor de la incorrecta información crediticia de las personas físicas, y no son menos los casos donde esa información provoca serios perjuicios a los consumidores, como podría serlo —por ejemplo— la frustración de la posibilidad de adquirir una vivienda.

En función de ello, lograr una rápida identificación de la fuente de información, es indispensable para que en la práctica esos perjuicios no se extiendan más allá de la desacreditación personal que en sí mismo se le ocasiona a la persona mal incluida en el sistema de deudores morosos del BCRA. (11)

b) Contención de las prácticas abusivas

El otro aspecto a considerar en lo referido a la formación del consentimiento, se relaciona con las prácticas abusivas en las que a veces pueden incurrir estas instituciones.

Las práctica comerciales, definidas como los "...procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final..." (12), representan un medio —en principio lícito— para captar clientes en una economía cada vez más competitiva; el mercado bancario no es la excepción a esa intensa competencia, muchos menos en los últimos años, donde las políticas diseñadas a nivel estatal han depositado en el crédito para el consumo una de las estrategias sustanciales en materia económica.

El inconveniente de estas prácticas aparece cuando a través de ellas se intenta burlar la buena fe y confianza que debe primar en la gestación de toda relación jurídica. Y en este sentido, los contratos bancarios —debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas— provocan un contexto propicio para advertir estas ilícitas conductas, materializadas, por ejemplo, en la inclusión de cláusulas abusivas (13), en el incremento unilateral de cargos y comisiones o la inclusión de otros no acordados inicialmente (14), en la suba indiscriminadas de las tasas de interés (15), entre muchas otras que han observado nuestros tribunales.

El legislador no ha pretendido —a nuestro juicio con sano criterio— enumerar las situaciones que deberían ser descalificadas como prácticas abusivas. Ello ha sido razonable, aun cuando de la experiencia nacional y extranjera pudieran haberse obtenido sobrados ejemplos de repetidas prácticas susceptibles de haber sido incluidas y sistematizadas en la nueva codificación. (16)

En cambio, y siguiendo la fuente constitucional que resulta del art. 42 de nuestra Constitución Nacional, el codificador confirió al intérprete valiosos conceptos jurídicos indeterminados, como lo son el deber de trato digno (art. 1097), el de trato equitativo y no discriminatorio (art. 1098) y el de libertad de contratación, prohibiendo, por ejemplo, aquellas engañosas y agresivas que pudieran conducir a tal limitación en la libertad de contratación, o, como lo prevé de forma expresa el art. 1099, aquellas acciones comerciales en las que se subordine la provisión de un producto o servicio a la adquisición simultánea de otro, también denominada "venta atada". (17)

c) La nueva regulación sobre cláusulas abusivas

Vinculado con el tema anterior, aparecen las denominadas cláusulas abusivas.

Son definidas como aquellas que "...favorecen desmedidamente a una de las partes en perjuicio de la otra y, con transgresión del mandato de buena fe, puede adoptar distintas coloraciones, pero en general indica siempre que, mediante la utilización de ciertos recursos técnicos como las cláusulas de las condiciones generales negociales, una de las partes se procura un situación de privilegio en caso de litigio...". (18)

Debemos poner de relieve, que si bien en no todo contrato de consumo la aceptación será resultado de la adhesión a condiciones generales predispuestas, podemos afirmar que ello sí es así en lo que a la contratación bancaria se refiere.

De ahí que las operaciones de esta naturaleza hayan venido siendo a través de los años un campo fértil para la inclusión de este tipo de cláusulas ilícitas. (19)

Por esa razón, y teniendo como eje fundamental el derecho de información de los consumidores, el codificador se ocupó con especial atención en cómo se forma el consentimiento en esta especie de contratos. Hasta a la fecha, todo quedaba reducido, fundamentalmente, al art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, aun cuando los contratos con cláusulas no negociadas que desembocaron en prácticas abusivas, fueron también moneda corriente en otros ámbitos de la economía propios de las relaciones entre empresas, a los que no les era aplicable ese cuerpo normativo. No obstante, a partir del próximo 1º de agosto del corriente año, la referencia legal ineludible en esta materia reposará en lo establecido por los arts. 984 a 989.

Nos interesa destacar, que el nuevo código impone que las cláusulas deberán ser redactadas de modo comprensible y autosuficiente, lo que debe ser entendido del siguiente modo: por un lado, en orden a que la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible; y, por el otro, que éstas no podrán reenviar a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la celebración del contrato (art. 985).

Tales exigencias deben completarse con los recaudos adicionales que resultan de la res. 906/1998 de la Secretaría de Comercio Interior y del punto 2.3.1.1 de las mencionadas Normas para la Protección de los usuarios de servicios financieros emitidas por el BCRA, que establecen lo siguiente:

— Los caracteres tipográficos empleados no pueden ser inferiores 1,8 milímetros de altura.

— Los contratos y demás documentos deberán resultar fácilmente legibles, atendiendo al contraste; formato, estilos o formas de las letras; espacios entre letras y entre líneas; sentido de la escritura, y cualquier otra característica de su impresión.

— Cuando determinados textos, informaciones o cláusulas, por imperativo legal, deban incluirse en forma destacada, notoria, ostensible o similar, deberán consignarse en negrita, con caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, a una vez y media el tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento.

— Cuando en los instrumentos haya espacios en blanco a ser llenados por las partes, los mismos deberán ser

completados previo a la firma y/o emisión del documento respectivo.

Obviamente que los contratos bancarios con consumidores y usuarios deberán respetar dichas reglas administrativas al ser confeccionados.

Pero más allá de esas previsiones diseñadas con la pretensión de incidir en la comprensión que el consumidor tendrá de los documentos que serán puestos delante suyo para su firma, también se ha reeditado un catálogo de cláusulas abusivas muy similar al enumerado por el citado art. 37, con la intención de neutralizar de manera directa y automática cierto grupo de estas ilegítimas disposiciones habitualmente incluidas en los contratos predispuestos. Sin embargo, tal enunciación no se la hizo formar parte de los contratos de consumo sino que se la instituyó como referencia para cualquier otro tipo de contrato celebrado por adhesión a condiciones generales predispuesta, haya o no relación de consumo.

Es del caso precisar, que en esta nueva enunciación no fueron mencionadas —como sí lo hace la ley 24.240 en su art. 37— aquellas que limitan la responsabilidad por daño de los proveedores de bienes y servicios o las que impongan la inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor. Dado el carácter general de la norma en comentario, dicha ausencia resulta lógica. No obstante, vemos positivo el reconocimiento expreso de las denominadas "cláusulas sorpresivas", es decir, "...las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles..." (art. 988, inc. c).

La interpretación de los contratos bancarios con consumidores y usuarios podrá aprehender lo mejor de una y otra norma, con una interpretación que siempre será a favor del consumidor (art. 1095 y arts. 3º y 37 LDC), quedando subsumido en esa pauta hermenéutica el principio "contra profirentem" establecido por primera vez de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 987. (20)

Resta completar el catálogo legal de las cláusulas abusivas propias de este tipo específico de contratos, con las enunciadas por citada Comunicación "A" 5460 del BCRA, que establece en su apartado 2.3.8, lo siguiente (21):

"En los contratos celebrados entre el usuario de servicios financieros y los sujetos obligados, se tendrán por no escritas las cláusulas que:

2.3.8.1. Desnaturalicen las obligaciones del sujeto obligado.

2.3.8.2. Importen una renuncia o restricción a los derechos del usuario de servicios financieros, o amplíen derechos del sujeto obligado.

2.3.8.3. Por su contenido, redacción o presentación no sea razonable esperar que se las incluya por no guardar conexión con la naturaleza del contrato.

2.3.8.4. Impongan obstáculos onerosos para el ejercicio efectivo de los derechos del usuario de servicios financieros.

2.3.8.5. Coloquen al usuario de servicios financieros en una situación desventajosa o desigual con el sujeto obligado.

2.3.8.6. Transfieran la responsabilidad del sujeto obligado a terceros.

2.3.8.7. Establezcan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario de servicios financieros.

2.3.8.8. Permitan al sujeto obligado, directa o indirectamente, alterar el importe de las tasas, comisiones y/o cargos de manera unilateral, apartándose del mecanismo previsto en toda la normativa aplicable, para modificación de cláusulas contractuales".

d) Contratación bancaria por medios tecnológicos

Desde hace ya varios años, muchas operaciones bancarias son realizadas a través de medios informáticos o telefónicos. Ejemplos cotidianos de ello, son el sinnúmero de transacciones diarias que se concretan mediante el uso de diferentes plataformas propias o a las que se asocian los bancos, como lo son, por ejemplo, los sistemas llamados "Home Banking" y "Pago Mis Cuentas". (22) No sólo a través de esas modalidades se pueden pagar servicios y efectuar transferencias a otras cuentas, sino que también se pueden concertar créditos o contratar otro tipo de productos o servicios bancarios.

Que por ese medio se ejecuten diariamente contratos previamente celebrados mediante soporte papel (por ejemplo, apertura de cajas de ahorro o cuentas corrientes bancarias) o se celebren nuevos, se encuentra, entonces, fuera de discusión. Lo novedoso en esta materia, es que ahora se le haya dado reconocimiento legal a esas situaciones que hasta hoy debían ser interpretadas a la luz de una legislación dictada en un momento en donde no podía vislumbrarse —ni siquiera remotamente— que la contratación llegaría a canalizarse en espacios virtuales. (23)

Somos conscientes que en este tema mucho más se pudo haber avanzado. No obstante, las normas diseñadas son un buen punto de partida para empezar a llenar los vacíos legales de una disciplina que en poco tiempo, es posible apostar, se alce como el medio habitual de la contratación bancaria suplantando al soporte escrito.

Esta regulación, bien pudo haberse situado de manera autónoma, brindando una sistematización del contrato

electrónico aplicable a los diferentes ámbitos de la economía en el que se recurra a él. (24) En cambio, se lo incluyó sólo como una modalidad especial de la formación del consentimiento en los contratos de consumo.

Así, al referirse a los contratos a distancia, es decir, aquellos en los que se emplean medios de comunicación que no requieren la presencia física de las partes contratantes, se menciona expresamente a los medios electrónicos (art. 1105).

No pasamos por alto que —como más adelante apuntaremos— los contratos bancarios exigen la forma escrita, de modo tal que se le permita al consumidor obtener un ejemplar del documento en soporte papel (arts. 1380 y 1386). Sin embargo, en el sistema diseñado por el codificador dicha exigencia quedaría en principio resuelta por lo dispuesto en el art. 1106 que prescribe lo siguiente: "...Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en las leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar...".

No obstante, compartimos en lo sustancial el planteo de algún autor acerca de que ante el pedido de un consumidor, el proveedor del bien o servicio debería encontrarse obligado a extender el referido contrato en soporte papel, ya sea por la seguridad que contar con el documento le puede dar a un consumidor o porque no la tiene fácilmente a su disposición a través de las plataformas del sistema que en cada caso sean empleadas por las entidades bancarias. (25) Sin embargo, y como veremos al referirnos a la forma de este tipo de contratos, una posible solución a tal planteo parece haber sido incluida por el codificador.

En cualquier caso, creemos que más allá de la exigencia de la forma escrita impuesta para los contratos bancarios, siendo estos últimos una subespecie de los contratos de consumo, resultará aplicable el referido art. 1106.

De su lado, el art. 1107 pone en cabeza de las entidades financieras "...el deber de informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos...". Alguna dudas nos genera el alcance de la mención sobre "quién asume esos riesgos" en razón de que, como en el acápite anterior señalamos, serán abusivas aquellas cláusulas que limiten los riesgos del proveedor o introduzcan una inversión de la carga de la prueba en contra de los consumidores. Apreciamos que la inclusión de una disposición de esta naturaleza ha sido muy positivo para abordar esta fundamental cuestión en materia de contratos bancarios, aunque no pasamos por alto que los objetivos planteados en la norma deberán ser reglamentados de algún modo por el BCRA para que ella sea realmente operativa y eficaz.

Por su parte, nos parece necesario precisar que, por contenido mínimo del contrato, deberá ser entendida toda la información que para este tipo de contratación haya impuesto el codificador, tanto en su etapa precontractual como lo que debe constar en el soporte electrónico que instrumente el contrato, toda vez que el empleo de este medio informático no puede ser interpretado en detrimento del derecho de información de los consumidores financieros al que hemos venido refiriendo y sobre el que se cimenta todo su sistema protectorio.

Por lo demás, el citado art. 1107 permite concluir que si como resultado de la utilización incorrecta de los aludidos medios informáticos resultare un daño para el consumidor, éste podría pedir su reparación en caso de demostrar que al momento de celebrar el contrato electrónico no había sido suficientemente informado acerca del correcto empleo del sistema.

iv) Contenido: exposición de los intereses, comisiones y cargos

En relación al contenido de este tipo de contratos, varias son las cuestiones a resaltar.

Como lo indicamos al referirnos a los mecanismos tuitivos destinados a neutralizar las cláusulas abusivas, todo el entramando de derechos y obligaciones debe ser compresible y autosuficiente con el alcance más arriba señalado, obligación que obviamente no habrá de variar en caso de emplearse medios electrónicos, más allá que el legislador, consciente de las prácticas comerciales abusivas, lo dejó aclarado expresamente (art. 985 in fine).

Sin embargo, el aspecto relevante a tratar en este apartado, gira en torno a la información, derechos y obligaciones que —cualquiera sea el soporte contractual— deben ser establecidas por el banco respecto de cada producto financiero que oferte.

En tal sentido, tres son los niveles de cumplimiento a los que quedará sujeta la confección del respectivo contrato.

Por lo pronto, el contrato no podrá contener cláusulas abusivas según lo que ya hemos indicado en relación a estas últimas en materia de contratación bancaria. Sólo agregaremos aquí, que lo descalificado en el diseño del contrato es la generación de un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (art. 1119).

El análisis contractual para determinar si ha existido o no violación a la buena fe del cliente bancario no deberá quedar limitado sólo en al cuerpo del documento mediante el que se instrumentará el contrato.

Desentrañar muchas veces la situación vejatoria a la que son sometidos los consumidores exige hurgar también en toda la periferia de la operación, comprendiendo a todos los actores involucrados y la genuina mecánica y finalidad del negocio concertado. Es por eso que, de la mano de la directriz general que resulta del art. 10, el art. 1120 —específico de las cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores— alerta al intérprete para que dilucide la eventual existencia de una "situación jurídica abusiva" en la conexidad contractual a la que podría quedar sujeto un determinado contrato. (26) Ejemplos típicos de esta problemática, aparecen en la operatoria de tarjeta de crédito o en los sistemas de planes de capitalización y ahorro, que sobrados casos de abuso aportan a los catálogos de jurisprudencia.

Pero además de la obvia mención que deberá realizarse en el cuerpo del contrato sobre las partes, debiendo identificar además el tipo de operación que en cada caso se trate (art. 1389), se incluyeron también previsiones expresas acerca del contenido mínimo y específico que deben incluir los contratos bancarios en seguridad y refuerzo del deber de información dirigido hacia los consumidores.

En tal sentido, todo contrato bancario deberá contener las tasas de interés aplicadas y demás gastos, comisiones y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Es decir, la obligación del banco no acaba con su deber publicitario previo a concretar el vínculo, sino que además tales aspectos contemplados para anudar el contrato deberán ser volcados en él. Puntualmente en materia de intereses, su incumplimiento tiene como solución supletoria la aplicación de las tasas nominales mínimas y máximas para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el BCRA a la fecha del desembolso o de la imposición (art. 1381, párrafo primero). A ello se agrega, la invalidez con que cabe tachar a las cláusulas que remitan a los usos para la fijación de la tasa de interés (art. 1381 in fine). Lo perseguido con sano criterio en estas dos últimas disposiciones, es que el usuario financiero comprenda con claridad las tasas que se le aplicarán a sus operaciones de crédito, no sólo para poder conocer su costo efectivo, sino —además— para que en base a ese conocimiento se encuentre en mejores condiciones de interpretar los resúmenes que se le envíen (resúmenes de tarjeta de crédito, amortización de préstamos, etc.), para de esa manera poder ejercer un efectivo control de ellos.

A estos datos, se adicionarán también la mención del importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso (art. Art. 1389), conceptos todos estos con los que los consumidores ya se encuentran bastante familiarizados, en tanto desde hace varios años y como resultado de las comunicaciones del BCRA —y varias acciones colectivas mediante—, ya se la ha venido haciendo constar en los diferentes resúmenes de cuenta mensuales.

A lo dicho deberemos agregar los recaudos resultantes del art. 36 LDC, en razón de que —aun no habiendo sido incluidas expresamente las operaciones de crédito para consumo como un concepto autónomo en el nuevo código— sin dudas, la naturaleza de las operaciones comprendidas en dicha noción forman parte de la categoría general de contratos bancarios con consumidores.

Esta última disposición impone consignar en el contrato lo siguiente: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios; c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado; d) La tasa de interés efectiva anual; e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total; f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. A estos requisitos agrega en materia de intereses, que deberá ser también informada la tasa efectiva anual, no mencionada expresamente en los referidos arts. 1381 y 1385, los que sólo aluden a la tasa nominal mínima y máxima —en este caso podrá cumplirse con la norma, informando tanto la tasa de interés mensual como la anual dada la imprecisión— o si aquella es fija y variable. Por su parte, el referido art. 36 también contiene una solución supletoria en materia de intereses no informados similar a la incluida en el art. 1381, aunque para este tipo de créditos sólo será de aplicación la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el BCRA, vigente a la fecha de celebración del contrato.

Un reflejo de lo hasta aquí descripto puede encontrarse también en las Normas sobre Protección de los usuarios de servicios financieros, en cuyo apartado 2.3.1.1 se establece el contenido mínimo que deben tener los contratos financieros. (27) E incluso en materia de intereses y otros cargos, no es posible soslayar tampoco las diferentes resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior, las que —reiteramos— son de aplicación directa en esta temática. (28)

Llegamos así a uno de los puntos que mayor litigiosidad ha provocado en los tribunales en relación al contenido de los contratos bancarios con consumidores y usuarios.

Me refiero a los conflictos provocados por la inclusión de comisiones, cargos u otros costos asociados a la operatoria, pero que no fueron incluidos expresamente en el contrato.

El art. 1388 establece la regla general, según la cual, "...ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato...".

El propósito del codificador es claro, y no escapa a la finalidad general de toda esta regulación de evidente

carácter protectorio: lo que no sea informado a los consumidores ni incluido expresamente en los contratos, no podrá dar lugar a un costo ulterior a cargo de aquéllos.

Por lo ya explicado, esta regla no se aplica, en principio, en materia de intereses, donde —como ya fue analizado— se estableció una solución supletoria. Su ámbito de aplicación se centra, fundamentalmente, en los cargos y comisiones. Estos rubros son la manera habitual en que las entidades financieras contemplan otros costos asociados de manera directa e indirecta a la ejecución del contrato, aunque bien podría quedar comprendido en la misma noción cualquier otro concepto que sin ser denominado de esa manera pueda ser imputado como un costo adicional de la operatoria.

Cabe apuntar sobre esta regla general, que no se ha regulado otra supletoria para los casos en que puedan ser identificados a lo largo de la operatoria conceptos de semejante naturaleza: en esos supuestos la solución legal será la invalidez de su cobro (estrictamente el art. 1388 in fine alude a "se tienen por no escritas"), más allá del derecho a reclamar la devolución de lo indebidamente percibido por tal rubro con intereses. Como hemos destacado, la gran mayoría de las acciones colectivas iniciadas por las asociaciones de consumidores en contra de los bancos tienen por objeto la declaración de ilicitud de este tipo de cargos y comisiones, como así también el reintegro de las sumas percibidas por esos conceptos.

Dada la transcendencia práctica de este tema, analizaremos por separado esta norma en toda su dimensión, con la intención de interpretar en qué se basó el codificador para distinguir entre costos y comisiones, en qué condiciones es procedente su cobro y si resulta posible incluirlos durante la ejecución del contrato si inicialmente no se los había detallado al momento de su celebración.

v) La forma escrita como técnica tuitiva y la accesibilidad a la documentación contractual

En términos generales, el codificador mantuvo —aunque expresándolo de manera más clara— el principio de libertad de formas (art. 1015). Positiva innovación introdujo respecto de la forma que habrán de cumplir las modificaciones ulteriores de las que pueda ser objeto el documento original —principio de "paralelismo de las formas"—, al establecer que "...La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario..." (art. 1016).

Frente a este panorama general, resulta relevante destacar que no fue prevista una forma puntual para los contratos de consumo —por lo menos no lo fue de manera explícita—, lo que hubiera sido recomendable en esta materia, estableciéndose, en ese sentido, la forma escrita. No obstante, no es menos cierto, por un lado, que la modalidad habitual en que se instrumentan las relaciones de consumo es mediante contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, lo que en sí mismo presupone la existencia de un contrato escrito; y, por el otro, que la exigencia de esa formalidad viene impuesta —a nuestro juicio— por el art. 10 LDC que hace referencia a la necesidad de entrega del "documento de venta", lo que en definitiva conduce a interpretar que la forma escrita es obligatoria en los contratos de consumo. (29) Si bien esta última norma refiere a relaciones de consumo que tengan por objeto la adquisición de un bien, esa formalidad escrita también es exigida ante la prestación de un servicio a la luz de los arts. 21, 25, 32 y 36 de la citada ley consumerista.

No obstante, la forma escrita sí fue establecida expresamente para los contratos bancarios (art. 1380). (30) Esta solución expresa no es más que la concreción legal de un dato innegable de la realidad, esto es, que toda la contratación bancaria es instrumentada por escrito y, salvo puntuales operaciones, en base a formularios predispuestos. En cualquier caso, aun cuando no se hubiese incluido tal previsión —esto es, la imposición de la forma escrita para los contratos bancarios en general—, por lo menos en materia de contratación bancaria con consumidores, la exigencia de tal formalidad no hubiese variado en razón a lo que también respecto a esta última categoría contractual previó el codificador.

En efecto, el art. 1386 —incluido en el parágrafo dedicado a los contratos bancarios con consumidores y usuarios— no sólo ordena la forma escrita para estos contratos (31), sino que a su vez establece que el referido instrumento escrito debe permitir al consumidor: a) obtener una copia; b) conservar la información que le sea entregada por el banco; c) acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato; y d) reproducir la información archivada.

Varios puntos positivos resultan de esta última disposición teniendo en cuenta los matices que presenta la conflictividad en torno a la contratación bancaria con consumidores.

En relación al derecho a exigir una copia, entiendo que no debe ser interpretado en el sentido de que tiene que ser entregado un ejemplar en el momento en que el contrato es celebrado, solución que fue expresamente prevista para todos los contratos bancarios, sean o no consumidores los clientes (art. 1380). El empleo de la alocución "copia" en esta ocasión y no "ejemplar" como se lo hizo en el citado art. 1380, nos lleva a interpretar que lo que el codificador quiso, es que a lo largo de la duración del vínculo el consumidor conserve el derecho a obtener una copia de su contrato, por ejemplo, en caso de extravío del ejemplar obtenido al momento de su celebración.

La interpretación que propiciamos aparece de un todo de acuerdo con el punto 2.3.6. de las referidas Normas sobre Protección de los usuarios de servicios financieros que establece "...Nuevas copias de documentación. El

usuario de servicios financieros podrá solicitar —a su cargo y en cualquier momento de la relación de consumo— al sujeto obligado nuevas copias del/de los contrato/s vigente/s que lo vinculan con él...".

Tenemos claro, no obstante, que esta perspectiva sobre lo que se pretendió con este inciso es opinable; pero nos parece necesario interpretarlo del modo propuesto —siendo que a favor de esta interpretación tenemos esas dos palabras diferentes, que no cabe entender hayan sido empleadas por el codificador para describir un idéntico supuesto—, en atención a que la experiencia enseña que muchas veces en los conflictos con los bancos, los consumidores llegan al proceso desprovistos de los documentos a los que adhirieron, entorpeciéndoseles el ejercicio de su derecho a reclamar en razón de contar con menos elementos de juicio para evaluar su verosimilitud. En la medida de que el aludido derecho a exigir una copia no sea ejercido de manera abusiva, nos parece que esta perspectiva refrenda el acceso a la información que envuelve a todo el sistema protectorio consumerista.

De hecho, la lectura que hacemos parece complementarse con lo previsto en los incisos c) y d) transcriptos, que refieren al acceso a la información —cabe leer en este último concepto, a toda la documentación inherente a la contratación, incluyendo eventual material publicitario que integre el contrato (v. art. 1103)— por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato que permita su reproducción, lo que lleva a descartar, de modo evidente en nuestro parecer, que con la mención a la "copia", la norma se esté refiriendo únicamente al ejemplar a ser entregado al momento de adherir a los documentos puestos ante el consumidor para su firma. (32)

Por lo demás, lejos de ser una solución extraña se nos presenta como una medida instrumental —vista desde la posición de los consumidores y en una etapa previa al conflicto judicializado— de la obligación procesal que tiene todo proveedor de bienes y servicios de aportar toda la documentación sobre la relación de consumo que tenga en su poder (art. 53 LDC).

Y también en este aspecto debemos efectuar una necesaria referencia a la citada normativa del BCRA, por cuanto dispone que "...Los ejemplares del contrato deben suscribirse a un solo efecto y en el acto de la contratación debe entregarse uno al usuario de servicios financieros debidamente suscripto por el sujeto obligado. Cuando se trate de solicitudes de productos o servicios que serán sometidas a la aprobación posterior del sujeto obligado, deberá entregarse al usuario de servicios financieros un ejemplar de la totalidad de los formularios que firma en ese acto, intervenido por el sujeto obligado en carácter de constancia de recepción. En dicha oportunidad el sujeto obligado le deberá además notificar —conservando constancia de ello— que una vez aprobada la solicitud se le proporcionará —dentro de los diez días hábiles contados a partir de la fecha de su aprobación o de la disponibilidad efectiva del producto o servicio, lo que suceda último— el contrato con la firma autorizada del sujeto obligado...". (33)

Nos resta comentar lo relativo a los contratos celebrados por medios electrónicos, los cuales, como ya mencionamos, representan gran cantidad de operaciones entre bancos y consumidores.

Al respecto, debemos apuntar que lo recién analizado acercar de la accesibilidad a la documentación contractual también es aplicable al contrato instrumentado en soporte informático, más allá de la manera en que esa información sea conservada o el modo en que el cliente la obtenga. Lo que es claro, es que no podrá eximirse el banco de cumplir con lo dispuesto por el citado art. 1386 en estos casos —nos referimos, fundamentalmente, a la obligación de entregar copia de los documentos contractuales—, conclusión que se ve reforzada en virtud del mencionado art. 1106 en cuanto dispone que, "...siempre que se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar...".

No obstante, la reglamentación del BCRA ha ido más allá que el codificador al contemplar esta modalidad de contratación, disponiendo que "...Cualquiera sea la modalidad utilizada (telefónica, por correspondencia, por medios electrónicos, promoción a través de terceros, etc.), se proporcionará al usuario de servicios financieros un ejemplar del contrato con la firma autorizada del sujeto obligado, dentro de los diez [10] días hábiles de realizada la contratación o de la disponibilidad efectiva del producto o servicio, lo que suceda último. Deberá utilizarse la documentación habitual que el sujeto obligado emplea en los contratos presenciales...". (34)

vi) Ejecución contractual: obligación genérica de información

Con prescindencia de las obligaciones inherentes a cada especie de contratos bancarios, el codificador estableció en esta materia una obligación de "información periódica" en cabeza de las entidades financieras.

El art. 1382, dispone lo siguiente:

"Información periódica. El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año. Transcurridos sesenta días contados a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo. Igual regla se aplica a la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento".

La primera parte de la norma nos parece muy positiva, en cuanto consagra una importante obligación en

beneficio de los consumidores bancarios en una norma en sentido formal.

No obstante, nos es menos cierto que en la mayoría de las operaciones de esta naturaleza es habitual que los bancos comuniquen de forma anual resúmenes de movimientos o los saldos de las cuentas. Ello se verifica, por ejemplo, respecto de las operaciones de tarjetas de créditos, los depósitos a plazo fijo, las cuentas corrientes bancarias y los movimientos generales que tienen las cajas de ahorro o cuentas sueldo. De hecho, en los casos de las tarjetas de crédito o de la cuenta corriente bancaria, el envío mensual o trimestral de resúmenes de cuenta o liquidaciones, son resultado de disposiciones legales expresas que así lo ordenan. (35)

Donde quizás esta obligación tendrá una real implicancia práctica, es respecto de los préstamos (vgr. personales, prendarios, hipotecarios) o en los planes de ahorro, no siendo común que se remitan saldos con el estado actualizado de las cuotas canceladas; esto sucede así, porque es también habitual que el pago de este tipo de operaciones quede asociado a un débito automático sobre una caja de ahorro, una cuenta corriente o de la tarjeta de crédito. Pensamos que en estos supuestos no se cumpliría con el referido artículo, si solamente se le envía al consumidor bancario un resumen de esas operaciones subsumido en la liquidación correspondiente de la cuenta a la que su cancelación fue asociada. Tal discriminación por separado la interpretamos indispensable, dado los efectos que el codificador le confirió a la convalidación de estos resúmenes.

El mayor beneficio que obtendrán los consumidores del art. 1382 derivará, en nuestro parecer, de los créditos para consumo que efectúan muchas entidades financieras no bancarias —ya sea dando crédito en asociación con algún comercio o entregando directamente el dinero en efectivo, por lo general, sin mayores requisitos— que hasta hoy, según lo demuestra la actividad tribunalicia, son caldo de cultivo para muchas prácticas abusivas.

Este tipo de préstamos, de manera habitual, son otorgados simplemente con el documento de identidad del cliente y en formularios de muy reducido contenido que incluyen en su mismo cuerpo —o en ocasiones se los hace firmar por separado— un pagaré. Los consumidores expuestos a estas relaciones, además de ver vulnerado su derecho de información, en razón a que tales precarios contratos por lo general violan lo dispuesto por el citado art. 36 LDC, pertenecen a sectores sociales económicamente más vulnerables que, debido a muchas veces insustanciales fuentes de ingresos, se ven necesitados de ir refinanciando, una y otra vez, el préstamo inicialmente concedido. Ese es justamente el verdadero negocio. Y el pago de las cuotas periódicas o las refinanciaciones es efectuado de manera personal por el consumidor en las oficinas de estas instituciones de crédito. Por este motivo, es que tal escenario termina siendo propicio para ilegítimas manipulaciones de los intereses que culminan engrosando los valores adeudados hacia montos insospechados, teniendo presente la cantidad inicialmente concedida.

No pensamos —ni mucho menos— que estas prácticas cesarán por el sólo hecho de incluir una norma en la nueva codificación como la que aquí estamos comentando.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del código unificado, con esta obligación anual se propenderá a reducir aún más las posibilidades de pergeñar este tipo de maniobras abusivas, ampliando las posibilidades de que, frente al mayor caudal de información que recibirán los consumidores, éstos se encuentren en mejores condiciones de percibir con mayor anticipación el fraude del que pueden estar siendo objeto. Por lo demás, rodeando este tipo de contratos con más claras exigencias informativas, se está atacando directamente el foco del problema, acotando el margen de maniobrabilidad de estas entidades de crédito. Si ellas incumplen este tipo de obligaciones de información a su cargo, ante reclamos judiciales, los principios de interpretación aplicables respecto de este tipo de operaciones de crédito serán ponderados en contra suyo.

El modo en que esa información será transmitida al cliente será a través de constancias escritas. No obstante, y como ya es práctica bancaria habitual, en caso de aceptarlo el cliente, también podrá ser comunicada mediante soporte electrónico.

De su lado, la segunda parte de la norma incluye una regla general en torno a la convalidación por parte del cliente de la referida información.

Tal solución en sí misma no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, que en materia de cuenta corriente bancaria reconoce eficacia a la conformidad tácita del cuentacorrentista —es decir, por la falta de impugnación dentro de un plazo determinado— a los efectos de tener por conformado de modo definitivo el respectivo saldo deudor.

Y similar inteligencia podría asignársele al sistema impugnatorio de los resúmenes establecido en la ley 25.065.

Sólo apuntaremos en este apartado, que más allá de algunas reflexiones que luego formularemos en torno a esta trascedente cuestión práctica que nos ayudarán a completar la idea, la ubicación de esta regla entre las disposiciones generales de los contratos bancarios y no en el parágrafo reservado a los contratos bancarios con consumidores, nos lleva a dudar acerca de si para el codificador dicha solución es aplicable sin cortapisa en el ámbito de eficacia del derecho de consumo.

Finalmente, nos interesa destacar un aspecto de la contratación bancaria en este momento de la contratación

que no fue abordada por el codificador. Nos referimos al procedimiento de modificación de las condiciones pactadas al concertar el contrato. Dada la relevancia del tema, pensamos que hubiera sido conveniente su regulación junto al citado art. 1388, en razón a que en torno a las comisiones y cargos cobrados a los consumidores bancarios, se han producido relevantes abusos al incluir nuevos a lo largo de la relación sin esperar ninguna conformidad expresa de los clientes.

No soslayamos que la aludida disposición, en su parte pertinente, establece que "...ninguna suma puede ser exigida al consumidor sino se encuentra expresamente prevista en el contrato...".

No obstante, nos parece que lo así previsto resulta insuficiente y que hubiera sido aconsejable que por la relevancia de este aspecto, se hubiese incluido una solución semejante a la que trae la reglamentación del BCRA en este punto. Es que del texto de la citada disposición podría suponerse que en ningún caso tal modificación subsiguiente a la firma del contrato sería posible, lo que a nuestro juicio no resultaría acertado en el marco de relaciones jurídicas por tiempo indeterminado, en atención a que las circunstancias contextuales a la operación en un determinado momento pueden exigir el incremento de los intereses o de otros costos asociados a la operatoria, sin los cuales podría desaparecer el equilibrio económico y financiero de todo el sistema, al que los bancos deben proveer.

Oportunamente volveremos sobre esta cuestión, comentando el sistema de modificación instituido en el apartado 2.3.4 de las Normas sobre Protección de los usuarios de los servicios financieros.

vii) Extinción contractual: el principio de rescisión incondicionada

La nueva codificación no se aparta del esquema tradicional de extinción contractual, regulando tanto a la rescisión —bilateral y unilateral (arts. 1076 y 1077, respectivamente)— como a la resolución (art. 1083). Mientras el primer instituto alude a la voluntad de las partes de dar por finiquitado el vínculo, el segundo refiere a la facultad de hacerlo pero frente al incumplimiento de su contraparte. De esos diferentes contextos contractuales derivan también diferentes consecuencias, entre una y otra hipótesis, que la nueva legislación —a nuestro juicio— precisó con mayor claridad que su antecesora hasta hoy vigente.

Centrándonos en la contratación bancaria, es de uso corriente que las instituciones financieras incorporen en las condiciones generales un amplio catálogo de cláusulas resolutorias expresas. Éstas se encuentran dirigidas a fortalecer el deber de cumplimiento en cabeza del cliente, de manera tal que cualquier inobservancia de su parte le permita a los bancos dar por decaída la relación.

En principio, y salvo que se pueda identificar alguna previsión de esta naturaleza que deba interpretarse abusiva, el art. 1086 autoriza expresamente este tipo de estipulaciones al disponer que "...Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efecto a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver...". Lo dicho, sin perjuicio de la facultad implícita de resolver el contrato que asiste a la parte perjudicada de un incumplimiento (ver arts. 1084, 1087 y 1088).

Tales normas aplicables a los contratos en general también lo son a los contratos bancarios, no advirtiéndose obstáculo legal o práctico para que dichas estipulaciones —es decir, aquellas que establecen supuestos de resolución expresos— no puedan formar parte de los contratos de consumo. Ninguna norma conduce a inferir una interpretación semejante. Las secciones pertinentes a este tipo de contratos guardan absoluto silencio sobre esa cuestión. Y tampoco en la ley 24.240 hallamos una previsión de esta naturaleza.

Lo prohibido, según la res. 53/2003 de la Secretaría de Comercio Interior, son las cláusulas "...que supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual con el consumidor a la previa cancelación de las sumas adeudas al proveedor...".

Podría sostenerse que esta última disposición estrictamente refiere al ejercicio de la facultad de rescindir y no a un supuesto de resolución como se menciona en ella. Se ha sostenido, en tal sentido, que tal reglamentación sólo resulta de aplicación cuando de lo que se trata es de extinguir el contrato sin expresión de causa, situación que a nuestro juicio denota la primera de las hipótesis planteadas. (36) No obstante, nos parece que también es posible proyectar su aplicación para casos de incumplimiento de la entidad financiera que habiliten la culminación del vínculo por parte del cliente. Entendemos que en situaciones como la planteada, lo que persigue la regulación es impedir que ante su voluntad de extinguir el vínculo y más allá de los efectos residuales que pudieran prolongarse en el tiempo, se le exija al consumidor cancelar —necesariamente— de forma anticipada la obligación.

En cualquier caso, para que el banco pueda ejercer esta facultad deberá ajustar su conducta a lo que en ese sentido dispone la nueva codificación. De justificar la extinción en un supuesto de pacto comisorio expreso, lo único que deberá realizar es una comunicación fehaciente de la voluntad de resolver al consumidor. Demás está decir, que si el contrato exige alguna formalidad adicional, como lo sería la interpelación previa, necesariamente aquella debería cumplirse. Sin embargo, no sería normal encontrar una cláusula de ese estilo en las condiciones generales predispuestas que elaboran tales entidades, quienes por el contrario diseñan meticulosamente el clausulado de los contratos de manera de poder dar por terminado el vínculo de forma rápida. En caso de alegarse un pacto comisorio tácito, situación a la que —por lo recién dicho— sería extraño enfrentarse, en

principio, el obrar del banco debería ajustarse, en este caso, al art. 1088, que prevé el emplazamiento bajo apercibimiento de resolución. No obstante, la norma siguiente exime dar curso a esa intimación si en el contrato se encuentra prevista la facultad de rescindirlo unilateralmente, cláusula esta última habitual en la contratación bancaria. (37)

Diferente será el camino que, a nuestro juicio, deberá recorrer el consumidor bancario para obtener la resolución del contrato.

Es que el art. 10 bis de la ley 24.240 faculta al consumidor, a su libre elección, a exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; o a aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; y, finalmente, a rescindir (rectius: resolver) el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Por tratarse de una ley de orden público (art. 65 LDC) no sería posible incluir otras exigencias que hagan más gravoso el derecho que en los términos precedentes les fue conferido a los consumidores. De hallarse una cláusula semejante, ésta sería nula por violar una norma imperativa. La sola verificación de un incumplimiento del banco habilitaría la aplicación de dicho artículo.

No obstante, dada la naturaleza de las prestaciones típicas de la operatoria bancaria, por lo general, las alternativas reales del consumidor se reducirían sólo a la tercera hipótesis prevista en la norma referida, es decir, a rescindir el contrato y reclamar los daños y perjuicios correspondientes.

Sentado lo anterior, sólo resta referirnos a la única disposición específica diseñada para los contratos bancarios en general, pero que —por su finalidad— le es aplicable también a los contratos bancarios con consumidores.

Me refiero al art. 1383 que establece que "...El cliente tiene derecho, en cualquier momento, a rescindir un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho...".

De esta norma deriva —a nuestro juicio— el principio de libertad en la extinción de los contratos bancarios cuando éstos sean por tiempo indeterminado. Y lo señalamos como un principio autónomo en esta materia, porque el art. 1077 admite tal modalidad cuando ella se encuentre prevista en el contrato o en la ley, hipótesis esta última que se configura en el citado art. 1383. La consecuencia de tal previsión conduce a que este derecho no pueda ser suprimido ni sujeto a otras condiciones distintas a las que resultan de la aludida disposición legal. Es decir, nos encontramos ante una norma de carácter imperativo.

El único extremo al que se condicionó el ejercicio de esta facultad es a que el contrato sea por tiempo indeterminado, como lo son por ejemplo en esta disciplina, el contrato de tarjeta de crédito, el de cuenta corriente bancaria o los relacionados a la apertura de cajas de ahorro. En estos casos, donde el final del vínculo no aparece de ante mano definido, se adoptó positivamente ésta solución, siguiendo un criterio similar al elaborado en la jurisprudencia mercantil para los contratos de distribución, sin soslayar las diferentes consecuencias sustanciales que en uno y otro caso resultan del ejercicio de esa facultad.

La utilidad práctica de este principio en materia de los contratos bancarios con consumidores, es innegable: la práctica demuestra que, tanto en base a las previsiones contractuales predispuestas o por las prácticas comerciales abusivas a las que se someten a los consumidores bancarios, la extinción de esta relaciones son muy dificultosas y desgastantes para estos últimos.

Por lo demás, si bien a partir del 1º de agosto de 2015 este principio será de aplicación general en este tipo de relaciones, ya se encontraba regulado de ese modo en la Ley de Tarjeta de Crédito, cuyo art. 11 inc. b expresamente dispone que "...Concluye la relación contractual cuando: .... b) el titular comunica su voluntad en cualquier momento por medio fehaciente...", derecho que no podría ser soslayado por el emisor de la tarjeta en razón de tratarse de una norma de orden público (art. 57 LTC).

El ejercicio de este derecho tampoco podrá ser entorpecido ni desalentado con la imposición de penalidades u otro tipo de costos, obviamente, claro está, distinto de los ya devengados antes de comunicar esa decisión. Demás está aclarar, que cuando de estos contratos resulten operaciones financiadas o por otras razones pendientes de pago como resultado de la modalidad en que aquellas fueron contraídas, las condiciones de su cancelación no podrán ser modificadas, más allá de que tampoco el cliente se encuentre eximido de cumplir en tiempo y forma. Y es del caso aclarar también, que el banco sólo podrá ejercer potestad semejante si ella fue prevista expresamente en el contrato.

Resta mencionar, finalmente, el derecho a revocación que asiste al contratante por medios electrónicos que, como es de práctica corriente —insistimos— cada vez es más utilizada entre bancos y consumidores.

En tal sentido, y más allá de la mención que sobre la revocación efectúa el citado art. 1077, en materia de contratos de consumo, esta cuestión fue regulada a partir del art. 1110 que reconoce el derecho irrenunciable a revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.

Esta disposición, que tiene su fuente en el art. 34 LDC, ha sido minuciosamente definida en cuanto a su forma, plazo y efectos en la nueva codificación, teniendo como eje —tal cual ocurre con todas las normas

protectorias de los consumidores— la información con la que tienen que contar los contratantes a través de medio electrónicos para echar mano a esta facultad. (38)

**III. ¿Quiénes son los consumidores y usuarios bancarios?**

i) La verdadera dificultad interpretativa: el consumidor empresario

Esta cuestión, como anticipamos, lejos está de permitirnos una sencilla respuesta. Incluso, quizás no haya una clara y convincente desde todos los ángulos de análisis.

Por lo pronto, resulta necesario destacar que, el art. 1º de la ley 24.240 y el art. 1092 del código unificado, hacen girar la noción de consumidor alrededor del "destino final" que se le dé a los bienes adquiridos o servicios contratados. Es decir, sendas normas prescinden de la calidad de las partes —esto es, que la caracterización de consumidor dependa del hecho de que estemos o no en presencia de una persona física o jurídica, en razón de que ambas se encuentran contempladas en dichas normas como posibles consumidores; o del hecho de que cualquiera de ellas, para quedar incluida en tal concepto, deba o no realizar una actividad empresaria— reposando toda la consistencia de su sentido legal, en un único dato objetivo: ser destinatario final de bienes y servicios.

¿Pero qué debe ser entendido como destinatario final?

En un primera aproximación, podría sostenerse que todo bien o servicio adquirido que no se encuentre involucrado en un acto de naturaleza similar al que describe el art. 8º inc. 1º del hasta hoy vigente Código de Comercio, denotaría la presencia de una relación de consumo y, en consecuencia, de un consumidor.

Es decir que, contrario sensu, cuando se adquiera un bien o servicio con la finalidad de lucrar con su enajenación en el mismo estado que se lo obtuvo o con el resultado de su transformación lograda mediante un proceso productivo, no se configuraría entonces el aludido destino final y, por lo tanto, tampoco estaríamos en presencia de un consumidor.

Sin embargo, lo hasta aquí dicho no resulta suficiente para zanjar la cuestión.

Obviamente que la dificultad en la definición no deriva de aquellos supuestos donde personas físicas no empresarios adquieren bienes y servicios para el consumo propio o de su grupo familiar o social. En todos esos casos, la relación de consumo —en la medida de que también estemos en presencia de un proveedor en los términos del art. 2º de la ley 24.240 o el art. 1093 del código unificado— la hallaremos nítida.

En materia de contratación bancaria, no nos traerá inconvenientes calificar como consumidores a quienes sean usuarios del sistema de tarjetas de crédito; o formen parte de un sistema de capitalización y ahorro para la adquisición de un vehículo; quienes contraten una caja de seguridad; pidan un préstamo para aplicarlo a la adquisición de un inmueble u otros bienes vinculados a su proyecto o estilo de vida.

Lo complejo, es posicionarnos a uno u otro lado de la línea divisoria de lo que debe ser entendido como acto de consumo —es esto, ser destinatario final de dichos bienes o servicios— cuando el adquirente de ellos sea un empresario individual o una persona jurídica.

Respecto del comerciante, no hay dudas de que será consumidor cuando ninguna relación tenga esa adquisición con la gestión de su hacienda mercantil. Pero tal claridad no la advertimos cuando de personas jurídicas se trata.

Ha sido sostenido, en orden a esto último, que "...si las sociedades comerciales pueden ser consumidoras, y si ellas no pueden ex lege —so pena de inimputabilidad— actuar fuera de su objeto social (art. 58 LS) que es esencialmente empresarial (art. 1 misma ley), forzoso es concluir que no existe la posibilidad jurídica de que una sociedad de ese tipo realice un acto de consumo —habilitado en los términos del citado art. 1º de la LDC— sin actuar, a la vez, dentro del ámbito descripto por la actividad empresarial inherente a su objeto social...". (39)

Los escasos ejemplos que se han brindado para explicar la inclusión de la persona jurídica como consumidora, no nos parecen que sean suficientes para desvirtuar la perspectiva precedente. Se han mencionado como hipótesis comprendidas la compra de obsequios para sus empleados, la adquisición de vehículos para el traslado de estos últimos y muy pocos más. (40) Así planteado, no parece posible restringir a tan rebuscados supuestos la aplicación del estatuto del consumidor respecto de las personas jurídicas, cuando ninguna restricción con semejante finalidad que resulte de la citada normativa —que, reitero, hace girar todo en torno del "destino final"— habilite a apartarnos de las reglas de interpretación aplicables en esta materia que imponen, ante casos de duda sobre la aplicación de los principios que establece el derecho consumerista, estar a la más favorable a los consumidores. Y si el eje del sistema protectorio, como se dijo, es el acto de consumo tipificado por el "destino final" de la adquisición sin quedar sujeto a ninguna otra condición, una interpretación como la planteada que niegue la calidad de consumidor a la persona jurídica —más allá de los irrelevantes supuestos precedentemente indicados— sería violatoria del referido principio hermenéutico, y, por lo tanto, prohibida.

Un razonamiento lógico de lo hasta aquí argumentado, nos conduce a afirmar que, mientras pueda ser dilucidado que el acto de consumir tuvo como destinatario final del bien o servicio, tanto a un empresario individual como a una persona jurídica, estaremos en presencia de un consumidor. (41) La lectura de las

referidas disposiciones no parecen dejarnos otras sensatas alternativas de interpretación, sea que se comparta o no la política legislativa en esta cuestión. Con este panorama parece acertada la apreciación que se sostuvo en el voto en disidencia del fallo recién citado, acerca de que implícitamente el legislador habría reconocido la categoría de "consumidor empresario".

Lo relevante, reitero, es que los bienes o servicios no vuelvan a ser comercializados, tanto en su forma natural como transformados.

La evolución legislativa sobre este trascendente tema, a nuestro juicio, abona esta interpretación.

Debemos recordar, a estos efectos, que el art. 2º de la ley 24.240, en su texto original, no reconocía el carácter de consumidores o usuarios a quienes adquirieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Tan específica alusión legal —que de haberse mantenido, conduciría a descartar hoy la perspectiva que venimos sosteniendo (más allá de que poca luz echaba acerca del sentido de haber incluido a las personas jurídicas como posibles consumidores)— fue suprimida en virtud de la ley 26.361, que fue justamente la ley que introdujo también el concepto legal de "destinatario final" (antes se aludía a "consumo final").

Su eliminación nos parece marcar un camino hermenéutico claro: la adquisición de un bien o servicio aplicado a la gestión empresaria, no descarta la existencia de un acto de consumo y, por lo tanto, la presencia de un consumidor, en tanto aquellos no sean reinsertados en el mercado. (42)

Podría observarse que si bien el texto final de la ley eliminó ese relevante fragmento, no es menos cierto tampoco que el proyecto presentado por la Diputada Stella Maris Córdoba no fue mantenido en su versión original que establecía que "...Tampoco se considera consumidor o usuario al proveedor que adquiere o utiliza bienes o servicios cuando no esté alcanzado por el régimen de la ley 25.300, de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (mipymes), o el que lo suceda...". (43)

De haberse mantenido semejante modificación, ninguna duda habría hoy sobre lo que venimos planteando, sin perjuicio de la línea divisoria que se hubiese trazado entre las pequeñas y medianas empresas respecto de los grandes emprendimientos empresarios.

No obstante, debemos destacar en contraposición con lo anterior, que el espíritu que impregnó a los arts. 1092 y 1093 incorporados en el Código Civil y Comercial al referirse a la noción de consumidor, fue guiado por una línea interpretativa cercana a la que venimos exponiendo.

Ello así, pues mientras en la versión original del código unificado enviado al Poder Ejecutivo se había calificado como consumidor "...a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional..." (el destacado nos pertenece), formulación que evidentemente tuvo la pretensión de regresar a la redacción previa a la ley 26.361, el contenido de las observaciones del P.E.N. fueron categóricas a los efectos de arribar al texto final de sendas normas que terminó siendo sancionado.

Por su relevancia, dado que con ellas se indicó que esa redacción reducía la noción de consumidor resultante de la ley 26.361, nos permitiremos transcribirlas a continuación:

"...que la definición de la ley 26.361 excluyó conceptualmente la idea de que una operación vinculada con una determinada actividad comercial conduzca por sí a negar que se trate de relación de consumo. En ese orden de ideas la ley 26.361 de 2008 condicionó la existencia de una relación de consumo a que la prestación sea utilizada 'como destinatario final'...El Anteproyecto propone una noción restrictiva, puesto que la norma proyectada excluye de la protección especial a todo acto de consumo que 'tenga vínculo' con su actividad comercial, industrial, profesional o artesanal...".

Al referirse al art. 1093 amplió esa perspectiva, al sostener que:

"...limita el universo de beneficiarios pues focaliza la relación y el contrato de consumo en quienes son destinatarios finales de la adquisición o utilización de un bien o servicio siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional...En ese entendimiento lo artículos 1092 u 1093 devienen regresivos con respecto al régimen jurídico vigente (arts. 1º y concordantes de la ley 24.240, modificada en 2008 por la ley 26.361)...".

Respecto a cuál debería ser la solución correcta —esto es, si es conveniente reconocer la existencia del consumidor empresario—, nos parece que ante el nuevo panorama legal, por lo menos en la actualidad —con un texto recién sancionado coincidente con el otro vigente sobre el mismo punto—, se presenta como una discusión que no procurará ningún beneficio. Pero desde el plano estrictamente exegético, por lo que venimos analizando, la cuestión parece ser un poco menos oscura; reitero, una vez más, se comparta o no, la técnica o política legislativa empleada.

No puede ser soslayado que más allá de cómo se entienda configurado al "acto de consumo", todo el régimen reposa sobre el concepto de vulnerabilidad que inspiró al art. 42 de la Constitución Nacional y al

principio protectorio que resulta de él.

Quienes critican esta interpretación extensiva, esgrimen que se estaría equiparando sujetos evidentemente diferentes y que con esa igualación se estaría distorsionando el sistema protectorio en detrimento de los principales interesados en que se mantenga su vigencia, como lo es el consumidor común.

Sin embargo, la jurisprudencia mercantil muestra con claridad que los pequeños empresarios (incluimos en este grupo a las PYMES) no son ajenos a las prácticas comerciales que se buscan desincentivar con la legislación consumeril. Y tampoco le es extraña a ese grupo, la desinformación a la que también son sometidos en este tipo de contrataciones ni a los daños que de ellas derivan. Es decir, que el poder asimétrico también puede ser advertido respecto de este conjunto de sujetos.

La profesionalidad a la que se acude para restar eficacia a esta protección en tales supuestos, en la mayoría de los casos se presenta indiferente como dato de relevancia para justificar la pretendida distinción; una cosa es que el empresario pueda ser profesional en temas estrictamente vinculados a su actividad, como podría ser, por ejemplo, en todo lo atinente a las materias primas o productos que utiliza, y otra muy distinta es que esa profesionalidad pueda tener influencia respecto de todo el otro universo de adquisiciones que efectúe, obviamente en torno a su actividad empresaria, pero que en sí mismo nada tenga que ver directamente con el resultado final del bien o servicio incorporado en el mercado. (44) El empresario pequeño, mediano o incluso grande, no tiene por qué encontrarse en mejores condiciones frente a estas operaciones que lo que se denomina "consumidor común". No sólo porque ser empresario no significa en sí mismo tener conocimientos que exceden a los de una persona media, sino porque aun cuando cupiera reconocer esa mejor preparación técnica, ese solo dato tampoco descarta —menos aún neutraliza— el poder de negociación asimétrico que podría resultar de la posición de este otro proveedor de bienes y servicios con quien contrata, único sujeto que conoce realmente las virtudes y defectos del producto o servicios que comercializa. (45)

No pasamos por alto, no obstante, que en muchos ámbitos empresarios la profesionalidad que impera o el poder negociador que pueda reconocerse, sea suficiente para neutralizar las mencionadas asimetrías, reduciendo —o incluso eliminando— la situación de hiposuficiencia que dio origen a la legislación en defensa de los consumidores. Pero lo mismo podría ocurrir respecto de un especialista en sistemas que adquiere en una cadena de electrodomésticos una computadora para su hogar. ¿Alguien podría sostener que, en ese caso, no sería de aplicación dicha legislación protectoria por el solo conocimiento técnico del adquirente? ¿Y respecto del ingeniero mecánico que adquiere un vehículo?

Es aquí donde no se advierte una real diferencia ontológica que conduzca a excluir necesariamente al denominado "consumidor empresario". Y no advertimos suficiente —por no haberse brindados a nuestro juicio argumentos de peso— la sola explicación de que la ampliación de la noción de consumidor redunde en un perjuicio para los "consumidores comunes".

Destacamos, sin embargo, que en la nueva codificación se introdujeron un sinnúmero de disposiciones en pos de equilibrar la ejecución contractual en las que nada tienen que ver las reglas protectorias resultantes de nuestra Norma Fundamental. Entre aquellas se encuentran, por ejemplo, el art. 10 referido a la situación jurídica abusiva, el art. 11 relativo al abuso de posición dominante y los arts. 984 a 989 sobre contratos celebrados por adhesión con condiciones generales predispuestas, incluyendo, por ejemplo, una serie de pautas para calificar de abusivas ciertas cláusulas o el principio de interpretación contra estipulatorem. Tales normas se encuentran dirigidas a mejorar uno de los aspectos esenciales en torno a las relaciones contractuales en general, como lo es la posición de poder con que se desenvuelven los contratantes, y cuya conflictivas derivaciones salen a la luz con notoriedad en los sistemas de distribución comercial. No obstante, no abordan al problema central de la contratación con consumidores referido a la ausencia de información, más allá que esa exigencia —aunque con otra impronta hermenéutica— sea resultado de los principios de buena fe y confianza sí regulados. El reconocimiento pleno de tan trascendente derecho se logra sólo mediante la normativa consumeril.

La delimitación de la noción de "destino final" deberá ser realizada con suma prudencia cuando estemos frente a un "consumidor empresario". Y es muy posible, en ese sentido, que en muchos casos, de manera encubierta, la verdadera motivación que exigirá elasticidad en la conceptualización de ese destino estará justificada en la situación de vulnerabilidad que se aprecie en cada conflicto particular, porque lo que es claro, es que resulta muy difícil admitir fácilmente que una gran empresa quede comprendida en esta tutela, siendo que, legalmente, el único criterio realmente excluyente es el no ser destinatario final de los bienes adquiridos o servicios contratados. (46)

Por tales razones, se presentará dirimente distinguir entre los bienes adquiridos con ánimo de ser comercializados —ya sea, revendiéndolo en la misma forma en que se los obtuvo o transformados en otros productos diferentes— de aquéllos otros que "abonen el capital de trabajo", resultando el propio empresario el único destinatario de ellos.

ii) El financiamiento empresario como acto de consumo

Si como vimos, delinear la figura de consumidor tiene sus aristas complejas en términos generales, no se hace menos sencillo en lo que refiere a la contratación bancaria, ámbito contractual que, en principio, no debería

escapar a los razonamientos hasta aquí efectuados.

Hemos anticipado al referirnos al concepto de contratos bancarios con consumidores, que hoy ha quedado superada la discusión doctrinaria acerca de que los consumidores bancarios sólo eran los que tomaban créditos para consumo en los términos del art. 36 LDC.

La nueva codificación no ha incluido dentro de esta categoría de contratos a uno específico, permitiendo que ésta sea completada con todos aquellas operaciones bancarias que denoten la existencia de una relación de consumo. Y entre ellos, si bien se mantendrá como contrato arquetípico los que instrumenten operaciones de créditos para consumo, también encontraremos operaciones pasivas, como lo serán la captación de depósitos, u otros que impliquen la oferta de servicios propios de la actividad bancaria, también denominadas operaciones neutras, representadas por comisiones y cargos fijos estipulados como precio por la prestación de cada servicio contratado. (47)

Parece no existir en la actualidad mayor disenso acerca de que las operaciones pasivas y neutras siempre conducirán a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. (48)

El punto de conflicto recaerá, una vez más, en las relaciones entre el empresario y la banca, aunque puntualmente en este caso, respecto de las operaciones activas.

¿Cómo queda definido el "destino final" frente a relaciones de esta naturaleza?

Aceptando la idea del consumidor empresario en el sentido más arriba expuesto, el aspecto al que nos referimos, tiene que ver —primordialmente— con la financiación empresarial. Nos preguntamos: ¿Podría derivar de este tipo de operaciones la aplicación del régimen protectorio de los consumidores?

Hoy por hoy, como más arriba destacamos, la jurisprudencia mayoritaria viene recorriendo un camino interpretativo muy diferente —y más restringido— al que venimos exponiendo.

Puntualmente, en lo que se relaciona con lo que calificamos "financiación empresarial", salvo unos pocos precedentes de la Sala C de la cámara mercantil capitalina, no hallamos otros que admitieran semejante hipótesis.

Por ejemplo, fue reconocido como acto de consumo la toma de un préstamo a los fines de destinar los fondos a la compra de hacienda para un tambo.

En esa oportunidad, se sostuvo que "...la demandada es una persona física que ha adquirido un préstamo a efectos de bonificar su propio capital de trabajo...El destino de la hacienda hace inferir forzosamente que la adquisición fue de ganado vacuno para la obtención de leche. Así se constata, además, a partir del hecho que fueron prendadas vacas de ordeñe holando-argentina...Habida cuenta de ello, y sin perjuicio de hacer notar que la actividad de la demandada no puede calificarse de mercantil a la luz de lo dispuesto por el art. 452, inc. 3º, del Código de Comercio, el caso de la especie hay que considerarlo alcanzado prima facie por la ley 24.240...". (49)

En ese mismo sentido, fue destacado que "...En la especie, el negocio que vinculara a la entidad actora con el demandado fue un contrato prendario —que accedió a un préstamo de dinero referido en la demanda (fs. 26)— en el que el objeto recibido por el tomador (un rodado) fue adquirido por éste a efectos de destinarlo a su propia hacienda. Del instrumento de prenda, surge que el rodado materia de la garantía era un automotor del tipo 'minubus' para destinarlo al transporte de pasajeros interjurisdiccional...En el caso, la demandada no accedió a dicho bien a efectos de revenderlo, sino de aplicarlo a su propia gestión, convirtiéndose así en consumidora final de tal bien, sin que su calidad de comerciante obste a concluir del modo anticipado...". (50)

Asimismo, se sostuvo en otro precedente que "...En la especie, el negocio que vinculara al actor con la sociedad demandada fue un contrato de leasing en el que el objeto recibido por el tomador fue adquirido por éste a efectos de destinarlo a su propia hacienda...En el caso, la demandada no accedió a dicho bien a efectos de revenderlo, sino de aplicarlo a su propia gestión, convirtiéndose así en consumidora final de tal bien, sin que ni su calidad de comerciante, ni su pretendida —y dudosa actividad comercial— obsten a concluir del modo anticipado...". (51)

Y con absoluta claridad, el mismo tribunal precisó "...En la especie, tal como resulta de las constancias hasta aquí reunidas, el negocio que vinculara a la actora con el demandado fue un contrato de mutuo... No habiendo prueba en contrario, hay que asumir en el caso que el demandado accedió a los fondos dados en mutuo —no para hacerlos recircular en el marco de una actividad financiera, situación que habría podido conducir a no hacer operativa la tutela del régimen impuesto por la ley 24.240— sino a fines de aplicarlos a su propia gestión, convirtiéndose así en consumidor final de aquéllos (arg. art. 36, ley 24.240)...". (52)

Completaremos este panorama jurisprudencial, con un reciente fallo de la misma Sala, en el que fue rechazada una acción de clase iniciada por una asociación de consumidores en contra del Banco Patagonia SA, por el cobro de supuestos cargos ilegítimos en la operatoria de cuenta corriente. La vocal preopinante propuso el rechazo de la demanda por considerar que en ese caso no se configuraba la "clase" que exige el inicio de acciones de esa naturaleza, tesis que fue compartida por el resto de sus colegas. Sin embargo, uno de ellos amplió sus fundamentos, dejando aclarado que "...no resulta posible descartar que las sociedades comerciales

que fueron clientes de la entidad encartada revistan la calidad de usuarias frente al Banco Patagonia. Ello por cuanto la cantidad de operaciones diarias que efectuara cada usuaria no modifica el hecho de que el banco les prestó un servicio financiero, cuyas reglas se encontraban estandarizadas, del cual las empresas eran consumidoras finales, tal y como sucedería con otros productos financieros. En este caso, los clientes beneficiarios de este servicio obtenían para sí el financiamiento de operaciones que excedían su límite para girar en descubierto, situación análoga a la del otorgamiento de un préstamo...". (53)

De la referida jurisprudencia, pueden extraerse las siguientes reglas:

i) el financiamiento empresarial no se encuentra excluido de la tutela de los consumidores.

ii) lo dirimente, es si ese financiamiento tiene por finalidad abonar el capital propio de trabajo.

iii) abonar el capital propio de trabajo, implica aplicar el financiamiento a la propia gestión, concepto que se contrapone al de recircular dichos recursos en una actividad financiera.

iv) es relevante a los efectos valorar en cada caso la configuración de un acto de consumo, verificar la existencia de cláusulas estandarizadas y que se trate de operación análogas a los préstamos, como en el último caso lo era la autorización para exceder el límite de descubierto.

Admitir semejante interpretación conduciría, en principio, a someter gran parte de la contratación bancaria con empresas bajo la órbita del derecho del consumo.

A una posición más extrema arribó incluso Villegas, quien criticó la metodología del codificador de tratar por separado los contratos bancarios y los contratos bancarios con consumidores y usuarios, en base a sostener que "...a los 'contratos bancarios' le son aplicables todas las normas de Defensa del Consumidor, tanto las que surgen de las previstas en este Código, como las se consagran en la ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361..." (54), agregando al comentar el nuevo art. 1384 que "...Las reglas de este parágrafos presuponen la existencia de un doble categoría de contratos bancarios, los contratos que no serían de consumo, comprendidos en el parágrafo 1º, y los contratos bancarios de consumo que se regirían por las normas del parágrafo 2º, lo que, como ya dijimos [...], no es correcto. En efecto, conforme las reglas del art. 1092, todos los contratos bancarios, sin exclusiones, son contratos de consumo..." (el destacado es nuestro). (55)

Somos muy conscientes de que esta tesis es también difícil de aceptar. No obstante, no advertimos —salvo en extremos supuestos que nos hemos planteado al analizar este tema (vgr. préstamo sindicado)— que una interpretación semejante conduzca a resultados disvaliosos en la práctica.

Siguiendo los razonamientos que venimos desarrollando en función de la noción "destino final", parecería que las posiciones precedentes son las más cercanas a la letra y finalidad legal. En tal sentido, la mayoría de las operaciones activas inscriptas en esta actividad, además de ser instrumentadas mediante condiciones generales predispuestas y celebradas por adhesión, presentan los mismos problemas de información y conducen a similares prácticas comerciales durante la ejecución del contrato.

Y así lo deja ver el propio Lorenzetti —cuya postura acerca de la definición de lo que debe ser entendido por consumidor empresario, resulta más restringida de la que expusimos en el apartado anterior— al sostener que "...Las operaciones activas en las que el tomador emplea para emprender alguna actividad productiva o de comercialización, la cuestión se torna discutible a la luz del nuevo texto del art. 2° de la ley 24.240..." (56), sin descartar que en la actualidad, sea la planteada la exégesis legal correcta.

Es decir: la fuerte posición contractual de los bancos no se altera por el sólo hecho de tener enfrente a un empresario, más allá que no se le dispense el mismo trato a un consumidor común o a una pequeña o mediana empresa, respecto de otras que tengan un volumen relevante de posibles negocios para el banco —por lo general, correspondientes a las empresas más importantes del mercado— que, por su propio interés, lo conduce a propiciarles un trato diferencial.

Las dudas que nos presenta tan generalizada interpretación del concepto de consumidor en este punto, fincan más en la incapacidad de imaginar en la práctica cómo serían ejercidas ciertas reglas protectorias que —de quedar incluidas bajo esa noción— también le serían aplicables en ese caso a las grandes empresas, que en una motivación de naturaleza sustancial, que conduzca a considerar realmente inapropiada la aplicación del estatuto consumeril en estos casos.

De superarse esos preconceptos —frente a una disciplina que vino a desestructurar los ejes tradicionales del derecho contractual— y restándole importancia a aquellos aspectos menores que posiblemente harían innecesaria la extensión de la tutela, no podemos dejar de destacar que un codificador muy atento a la realidad de la dinámica contractual moderna, ha delineado un sistema de reglas que tiene muchos puntos de contacto con la normativa consumeril.

En materia de cláusulas abusivas, por ejemplo, posicionarnos en uno u otro ámbito no aparejará diferencias sustanciales, en razón de que el nuevo art. 988 tiene muchos puntos de contacto con lo dispuesto exclusivamente para los consumidores entre los arts. 1117 a 1120, o, incluso, con el propio art. 37 LDC. A ello se agrega, que en el parágrafo aplicable a cualquier contrato bancario el codificador introdujo una cláusula rescisoria de carácter imperativo que podría ser invocada aun por quienes frente al banco no sea considerado un

consumidor. Obviamente, que de ser considerado consumidor se contará, además, con el derecho que resulta del art. 10 bis LDC; pero que ello sea así no parece tampoco un tema sustancial que justifique la exclusión del empresario del ámbito de protección de los contratos bancarios con consumidores. Es que incluso el ámbito de aplicación de esta última disposición es muy reducido, en atención a la naturaleza de las prestaciones inherentes a este tipo de contratos.

Y siguiendo esta misma línea de razonamiento, tampoco en orden a su interpretación las diferencias se presentan radicales: mientras en el ámbito consumeril el principio es el de interpretación a favor del consumidor; en materia de contratos celebrados por adhesión con condiciones generales predispuestas el principio es contra profiretem, es decir, a favor del cliente bancario (art. 987). Mientras que respecto al contenido del contrato, las diferencias son casi imperceptibles no sólo por la norma general establecida en el art. 985, sino por lo que el art. 1381 prescribe para los contratos bancarios en general, a la luz del art. 1385 y del propio art. 36 LDC.

Por lo demás, las exigencias informativas en la materia, no parecen suficientes para distinguir entre una y otra órbita legal, en este caso, a la luz de lo dispuesto por los arts. 1379 y 1382 confrontados con los arts. 1100, 1101, 1385 y 1387 o lo que incluso regula la ley 24.240 en este aspecto. No puede pasarse por alto, que desde hace varias décadas el BCRA —como autoridad reguladora de la actividad bancaria— ha impuesto a los bancos intensas exigencias en materia de información a brindar a los clientes, sin efectuar ninguna distinción sobre el carácter empresario o no de estos últimos sujetos. Inclusive, frente al gravitante deber de colaboración que resulta del art. 53 LDC en lo que refiere a la valoración judicial de la prueba en los conflictos con consumidores, en la actualidad, la teoría de las cargas probatorias dinámicas ya tiene carta de ciudadanía en la jurisprudencia en todo tipo de materia. Y es harto evidente que, ante una contratación caracterizada por formularios predispuestos y ejecutadas en su aspecto formal mediante la emisión de resúmenes confeccionados de manera unilateral por las entidades financieras, en gran medida muchas de las cargas probatorias típicas de estos conflictos recaerán sobre estas últimas instituciones.

A nuestro juicio, resulta corroborante de la perspectiva hasta aquí apuntada la normativa dictada por el BCRA sobre "Protección de los usuarios de servicios financieros", la que expresamente incluye a las personas jurídicas bajo el amparo de esa regulación tuitiva (57), lo que sólo podría entenderse justificado si se interpretan comprendidas operaciones de crédito destinadas a abonar su propio capital de trabajo, ya que en este ámbito, no parece posible acudir a los cuestionables ejemplos brindados por la doctrina para explicar la inclusión de las personas jurídicas como consumidoras. Por lo demás, ninguna mención se efectuó en dicha reglamentación acerca de que las operaciones activas realizadas por personas jurídicas quedasen excluidas de su ámbito de eficacia.

A ello se suma, que el apartado 2.4 de esa misma reglamentación denominado "Publicidad de la información", establece que "...Las entidades financieras y las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito deberán dar cumplimiento a las siguientes condiciones en cuanto al acceso a la información por parte de los usuarios de servicios financieros que revistan el carácter de consumidores finales o de micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMEs), en este último caso de acuerdo con las normas sobre "Determinación de la condición de micro, pequeña y mediana empresa...", enumerando, luego, una serie de recaudos informativos que habrán de cumplirse (el destacado nos pertenece).

Sobre esta última disposición, podría argumentarse que en ella se distingue entre "consumidores finales" y "micro, pequeñas y medianas empresas", en la inteligencia de que estas últimas, aun cuando pudiera ser destinataria de la reglamentación, no sería considerada consumidora.

Con prescindencia de ese posible razonamiento, que no paso por alto que sería contrario a lo que el apartado 1.1.1 recién referido incluye bajo la órbita de esta normativa "como usuario de servicios financieros", lo que se pone de relieve, es que, consumidora o no, hoy la empresa (rectius: empresario unipersonal o persona jurídica) es parte del sistema tuitivo que encabeza el BCRA como autoridad de control y reguladora del sistema financiero.

El debate en este punto se encuentra abierto.

**IV. Acerca de las comisiones, cargos y demás costos bancarios**

En torno a estos conceptos, fincan gran parte de los conflictos judiciales entre las asociaciones de consumidores y los bancos que en los últimos años han venido resolviendo los tribunales de comercio. La pretensión principal de las acciones colectivas en que se canalizan estos reclamos, persiguen, por un lado, la suspensión en el cobro de comisiones y cargos que son tildadas de ilícitas, y, por el otro, la restitución de las sumas percibidas indebidamente por estos rubros. (58)

El marco interpretativo de estas pretensiones ha venido siendo dirimido en base a las diferentes comunicaciones que fue emitiendo el BCRA y algunas pocas normas de la Ley de Tarjeta de Crédito; mientras que las reglas derivadas de esas disposiciones fueron integradas y aplicadas a la luz de los principios protectorios resultantes de la Ley de Defensa del Consumidor.

A partir de la entrada en vigencia del código unificado, dicho panorama legal será completado con la

primera norma formal que en nuestro sistema jurídico traza los rasgos esenciales de esta cuestión.

Nos referimos al ya citado art. 1388, que, al aludir al contenido de los contratos bancarios con consumidores y usuarios, dispone lo siguiente:

"...Sin perjuicio de las condiciones establecidas para los contratos bancarios en general, ninguna suma puede ser exigidas al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato. En ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente. Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas...".

Tres son las reglas que se deducen de esta norma.

1º Que sólo los conceptos que fueron informados e incluidos en el contrato al momento de su celebración podrán ser cobrados a los consumidores financieros. (59) Y si bien como más arriba apuntamos, nada aclaró el legislador sobre rubros incorporados en tiempo ulterior, siguiendo el espíritu que dirige esta disposición, las modificaciones sobrevinientes serán lícitas en la medida de que el consumidor haya tenido una real posibilidad de prestar su consentimiento con ese cambio (rectius: incremento de costo) de las condiciones contractuales originales.

2º Que para ser lícitamente cobrados tales cargos y comisiones deben ser resultado de servicios que efectivamente preste la entidad financiera (60), es decir, que correspondan a un real servicio adicional que el banco —por cuenta propia o de un tercero— le preste al usuario de manera adicional a la prestación principal de provisión crediticia, de forma tal que con ese nuevo costo no se estén cobrando intereses implícitos adicionales a los establecidos como pago del crédito concedido.

3º Que todo costo a cargo del cliente deberá ser incluido en el costo financiero total; de lo contrario, aun cuando pudiera haberse incluido en el contrato en cumplimiento de la primera regla apuntada, se lo tendrá igualmente por no convenido. La finalidad de la norma en este aspecto busca lograr una real comprensión del consumidor sobre lo que conformará el valor total de la operatoria a la que quedará sujeto, identificando en un solo dato —esto es, el costo financiero total— la referencia de análisis sobre la que reposará la evaluación de estos últimos antes de contratar.

Reconocemos lo positivo de la codificación en este tema.

No obstante, pensamos que la norma citada no ha sido suficiente para la regulación que necesariamente exige esta sustancial problemática. En tal sentido, y más allá de lo que ya alertamos acerca de la inclusión de comisiones o cargos en tiempo sobreviniente a la contratación, pensamos que debieron haberse brindado a los intérpretes ciertas precisiones, por un lado, de qué deberían ser entendido por comisiones u otro tipo de costos (hubiese sido correcto haber introducido también la locución "cargos" empleada en la práctica bancaria) y, fundamentalmente, algunas referencias adicionales para haber podido discernir con mayor precisión la noción de "prestación efectiva".

Sin embargo, será ineludible integrar el alcance de esta norma con lo que en la actualidad regula el BCRA en materia de cargos, comisiones y costos en la actividad bancaria. Nuevamente nuestra referencia será la Comunicación A 5460 sobre "Protección de los usuarios de servicios financieros". (61)

Esta normativa ensaya las definiciones de los conceptos "comisiones" y "cargos", de manera que permite distinguir la naturaleza de la prestación que, con uno u otro rubro, se está poniendo en cabeza de los consumidores.

Así, precisa que las comisiones obedecen a servicios que prestan los sujetos obligados, autorizándose por esa razón a la entidad financiera, no sólo a trasladar el costo del servicio sino también un beneficio como retribución de esa prestación adicional a la principal. Ejemplos de este tipo de costos, podrían ser la comisión por mantenimiento de cuenta o por brindar una disponibilidad crediticia mientras esos fondos no sean utilizados por el cliente, ya que en ese caso lo que deberá retribuirse es el uso de esa disponibilidad mediante el interés.

Por su parte, distingue a los cargos de la comisión en cuanto a que éstos obedecen a servicios prestados por terceros que la entidad financiera involucra en la operación principal a cargo suyo, los cuales —dada su naturaleza ajena a un obrar de esta última— no autorizan a cobrársele al cliente por una valor mayor al costo de la prestación. El sentido de esta regulación es evidente: si es un tercero el que brindará un servicio al usuario financiero —por ejemplo, una aseguradora— difícil sería justificar que los bancos tengan derecho a percibir alguna retribución o beneficio en cuya prestación ninguna participación cabrá reconocerle. De ahí, también, que se establezca en esta normativa que el importe de los cargos que el sujeto obligado transfiera a los usuarios no podrá ser superior al que el tercero prestador perciba de particulares, sin intermediarios y en similares condiciones (servicios postales, compañía de seguros, escribanía y registros de propiedad, u otros de índole similar). Esto último explica la obligación puesta en cabeza de los bancos cuando se trate de cargos que representen la contratación de seguros —un ejemplo podría ser el seguro de vida en beneficio de los sucesores del cliente, para cubrir el saldo deudor que pudiera dejar al momento de su fallecimiento—, en virtud de la cual deberán ofrecer a los usuarios de servicios financieros por lo menos tres compañías aseguradoras entre las que

estos últimos deberán poder optar, debiendo conservar, además, constancia del ejercicio de ese derecho por parte de dichos usuarios.

Reiteramos, que definiciones semejantes pudieron ser beneficiosas en esta materia, sobre todo cuando esta nueva codificación se apartó notoriamente de la técnica legislativa de Vélez Sarfield, distribuyendo a lo largo de los 2671 artículos redactados numerosas conceptualizaciones de las diferentes instituciones reguladas.

Y en orden a completar la fisonomía conceptual de estos "costos" de la operatoria bancaria, no pueden pasarse por alto tampoco lo que resulta del apartado 2.3.2.1 en cuanto precisa —complementando las tres reglas incorporadas por el citado art. 1388— que para poder ser admitidos estos cargos deben derivar de un costo real, directo y demostrables, y encontrarse debidamente justificado desde el punto de vista técnico y económico.

Lo expuesto implica que (62):

1º El costo debe ser real, cuyo significado se relaciona con lo más arriba dicho acerca de la "prestación efectiva".

2º Debe ser directo, aspecto que refiere a su cognoscibilidad para el consumidor, encontrándose prohibido que quede comprendido en el precio de otro servicio diferente al referenciado en el contrato.

3º Debe ser demostrable, debiendo entenderse por ello, que el banco se encuentra en condiciones de acreditar que es real y directo.

4º Su inclusión en la operatoria debe encontrarse justificada, técnica y económicamente. Por la primera calidad, entendemos que tal costo de justificarse en una necesidad de la propia operatoria que, aunque no necesariamente vinculada al objeto principal de ella, pueda resultar conveniente su inclusión. La segunda responde, a nuestro juicio, a que no cualquier costo podrá hacérselo cargar al cliente aun cuando pudiera encontrarse justificado desde un punto de vista técnico, sino que además su inclusión debe tener razonable relación con la operación principal, de manera que de ella no resulte un encarecimiento relevante de la operatoria.

La referida normativa enuncia algunos supuestos de comisiones y cargos admitidos (63) como de comisiones y cargos prohibidos (64), que son corroborantes de las reglas derivadas del art. 1388. Nos parece importante destacar dentro de las comisiones y cargos prohibidos, los supuestos puntuales de "contratación y/o administración de seguros (dado que sólo es transferible la prima al usuario)", por "generación de resumen de cuenta o de envío de resumen de cuenta virtual (esos servicios deben estar incluidos en la comisión por mantenimiento de cuenta)" y por "evaluación, otorgamiento o administración de financiaciones".

La otra cuestión de relevancia en torno a este tema gira en torno a la inclusión de comisiones o cargos con posterioridad a la celebración del contrato. Éste es un aspecto de la contratación bancaria que hasta no hace mucho tiempo no se encontraba regulado por el BCRA, lo que cambio con la citada Comunicación A 5460 que venimos analizando. Y en ese sentido nos parece que hubiese sido conveniente haber incluido alguna precisión a dicho punto en el citado art. 1388.

De su redacción parecería leerse que esta posibilidad se encuentra vedada para las entidades financieras; no obstante, pensamos que semejante interpretación literal desconocería la eventual necesidad que pudieran tener los bancos de ajustar su operatoria a nuevas condiciones de contratación que deriven tanto de una cuestión inherente al modo en que el servicio financiero es prestado o resultante de una nuevo escenario de mercado que así lo justifique.

Tal procedimiento fue articulado por el BCRA en el apartado 2.3.4 de las Normas sobre "Protección de los usuarios de los servicios financieros", que deberá leerse conjuntamente con el nuevo art. 1388.

Las bases a partir de las cuales fue delimitada esta facultad de los bancos pensamos que responden —en términos generales— a los principios protectorios de los consumidores.

Por lo pronto, ésta sólo podrá ser ejercida si previamente, al momento de concertar el contrato, se especificaron de forma expresa —y "taxativa" alude la mentada disposición administrativa— las condiciones que podrán ser objeto de modificación, dejando previamente establecido los criterios para que estos cambios sobrevinientes tengan lugar de acuerdo a los parámetros precedentemente analizados. La justificación técnica y económica de las nuevas condiciones será esencial para que aquellas puedan ser consideradas lícitas. Y, obviamente, tales cambios no podrán alterar el objeto del contrato ni producir un perjuicio respecto de los servicios contratados. Más allá de cierta amplitud que podría vislumbrarse acerca del aspecto de los contratos bancarios susceptibles de ser modificados por esta vía sin infringir ninguna de los estándares recién señalados, parecería que el verdadero campo de aplicación de esta regulación recaerá sobre eventuales incrementos de las tasas de interés, comisiones y cargos.

Para lograr ese cometido, los bancos deberán obtener el consentimiento expreso del usuario. Y es claro que tal consentimiento debe ser la piedra angular para verificar la licitud de este tipo de modificaciones sobrevinientes al contrato. Lo que se nos presenta dudoso es que esa conformidad pueda ser obtenida por la sola falta de objeción de los resúmenes de cuenta cuando la modificación tenga por objeto comisiones y cargos. Y esas dudas —o certezas conceptuales en contra de la licitud de ese mecanismo— se vincula con lo que diremos

en el último apartado de este trabajo, acerca de la viabilidad de lograr el consentimiento tácito de un consumidor en la medida que no exista una norma en sentido formal que así lo disponga. No obstante, nos parece que los pasos formales que el banco deberá seguir para concretar tales cambios, de cumplirse, superan la objeción que acabamos de señalar.

Ello así, pues cualquiera sea el aspecto del contrato que vaya a modificarse, esta última no puede ser resultado de una sorpresiva aparición para el cliente —por ejemplo, si sin haberle dado aviso se le incluyera en el resumen mensual nuevos cargos o comisiones—. Formalmente, el referido procedimiento se inicia con una notificación al consumidor con una antelación mínima de sesenta días corridos previos a su entrada en vigencia. Esa comunicación deberá efectuarse mediante documento escrito dirigido al domicilio real del usuario de servicios financieros —en forma separada de cualquier otra información que remita el sujeto obligado (resúmenes de cuenta, boletines informativos, etc.), aun cuando forme parte de la misma remesa— o a su correo electrónico en aquellos casos en que hubiere expresamente aceptado esa forma de notificación. Por su parte, en el cuerpo de estas notificaciones deberá incluirse también una leyenda con la que se le haga saber al usuario que en caso de no aceptar la modificación promovida por el banco, podrá optar por rescindir el contrato en cualquier momento antes de la entrada en vigencia del cambio y sin cargo alguno.

Dada la conflictividad en esta materia, nos parece importante aclarar que la conformidad así dada con el incremento del valor de la comisión y/o cargo o la inclusión de uno nuevo, no extingue el derecho a reclamar ulteriormente de advertirse que esos conceptos no cumplen con las reglas más arriba señalada. Esto último lo ponemos de relieve de cara a los procesos colectivos que la asociaciones de consumidores pudieran promover para lograr la tachar de ilegítimos tales rubros.

Resta señalar que esta regulación, en su apartado 2.3.5, hace una mención a la modalidad a seguirse para reintegrar los importes cobrados en violación a estas reglas. (65)

**V. Ineficacia del consentimiento tácito en los contratos con consumidores**

No soslayamos al plantear este tema, que existen normas indudablemente aplicables a los consumidores que le reconocen al silencio de estos últimos cierto valor convalidatorio de lo actuado por el proveedor.

Un ejemplo concreto de ello, podrían ser los arts. 26 a 29 de la Ley de Tarjeta de Crédito.

Pero aun respecto del sistema impugnatorio allí establecido, debe señalarse que el legislador no fue categórico en la definición del efecto del eventual consentimiento tácito, ni mucho menos descartó que, con prescindencia de la habilitación que tendrá la emisora de la tarjeta de crédito para reclamar el saldo impago de manera ejecutiva, los consumidores luego no puedan discutir mediante otras vías procesales el contenido ilícito que le atribuyan a dicho saldo.

Nos parece que, en términos generales, el consumidor no puede ser privado de su derecho a reclamar por la sola circunstancia de no observar —o dicho de otro modo, de consentir de manera implícita— los resúmenes o liquidaciones enviados por las entidades financieras. Y más importante aún, tampoco pueden ser objeto de reclamos en base a supuestos derechos generados mediante métodos de convalidación tácitos.

Tal aserto encuentra su fundamento en el estatuto consumerista.

Ello así, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una violación de lo dispuesto en el art. 37, inc. c) de la ley 24.240, que invalida toda cláusula contractual que imponga la inversión de la carga de la prueba en contra de los consumidores. (66)

Es el proveedor de bienes y servicios quien tiene la obligación de acreditar con exactitud y certeza el derecho que invoca en contra de un consumidor, lo cual no se verificaría si se admite la ficción legal de un consentimiento implícito para rodear de licitud a documentos unilateralmente confeccionados.

Lo que en los hechos se estaría procurando con este mecanismo, es invertir la carga de la prueba sobre tal extremo —es decir, sobre la acreditación de la existencia del derecho alegado por el proveedor— haciendo reposar su demostración en el consumidor, en base a una presunción que operaría en su contra.

De esta manera, se estarían restringiendo también los derechos de este grupo vulnerable de sujetos en beneficios de los proveedores de bienes y servicios, incurriendo así en otra práctica prohibida por la norma recién citada, toda vez que, en definitiva, se lo estaría obligando al consumidor a renunciar a derechos concebidos en cabeza suyo que son de orden público y, por lo tanto, irrenunciables. (67)

En principio, esta interpretación cedería sólo en caso de normas en sentido formal que establecieran un mecanismo semejante al planteado para una operación determinada.

De lo contrario, la inclusión en los contratos con consumidores de procedimientos convalidatorios de esta naturaleza deberá tenérselos por no escritos, encontrándose el juez obligado a declarar su nulidad aun de oficio, dado el carácter de orden público de todo el sistema protectorio de los consumidores (art. 65 LDC). (68)

La relevancia de lo sostenido en materia de contratación bancaria es innegable, en razón a que, procedimientos de este estilo, son incluidos en la generalidad de las operaciones, en muchos casos, inclusive, porque así lo autorizan algunas regulaciones del BCRA.

Sin embargo, la interpretación que venimos ensayando es extensiva también respecto de esas disposiciones, a la luz de lo dispuesto por el art. 1122 del nuevo código que establece "...El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a. la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control...".

Y como hemos adelantado en otro pasaje de este trabajo, la ubicación del art. 1382 —que incorpora un instituto con las características a las que venimos haciendo referencia— en el parágrafo destinado a los contratos bancarios en general y no puntualmente respecto del parágrafo destinado sólo a los contratos bancarios con los consumidores y usuarios, puede servir como una pauta interpretativa indiciaria corroborante de la tesis que sostenemos en este apartado.

(1) Nos referimos, fundamentalmente, a las Normas sobre "Protección de usuarios de servicios financieros", según Comunicación A 5460 del 19/07/2013; a las normas sobre "Depósitos de ahorro, cuenta sueldo, cuenta gratuita universal y especiales", según Comunicación A 5659 del 31/12/2014; y a las normas sobre "Tasas de interés en las operaciones de crédito", según Comunicación A 3052 del 23/12/1999. Debe recordarse que la Carta Orgánica del B.C.R.A. establece una de sus funciones proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en esas materias (Ley 26.739 art. 4º inc. h).

(2) Conf. art. 41 de la ley 24.241.

(3) Ver res. 906/1998, 134/1998, 313/1998, 387/1999, 53/2003, 3/2003 y 9/2004.

(4) En la nueva codificación se eliminó la figura del "tercero expuesto a una relación de consumo" que había sido introducida por la ley 26.361.

(5) El "proveedor" es descripto por el citado art. 1093, como "...una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada...".

(6) La referida disposición enumera a los bancos comerciales; bancos de inversión; bancos hipotecarios; compañías financieras; sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles y a las cajas de crédito.

(7) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., La contratación bancaria, AA.VV. Defensa del consumidor, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 195 y ss.; BARBIER, Eduardo A., Contratación bancaria. Consumidores y usuarios, Astrea, Buenos Aires, T. I, 2008, p. 69 y ss.

(8) Podemos señalar como fuente genérica de esta obligación de publicidad tan específica incluida en la nueva codificación para este tipo de contratos, en el art. 4º LDC que dispone "...El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión...".

(9) Actualmente, las entidades financieras —e incluso las no financieras emisoras de tarjetas de crédito— deben informar los cargos y comisiones que cobren a los usuarios de los productos y servicios que comercialicen a la Gerencia Principal de Protección al Usuario de Servicios Financiero del Banco Central (apartado 2.5 de la Comunicación A 5460 del BCRA).

(10) Es evidente que la fuente de esta disposición es el art. 8º de la ley 24.240. Su relevancia práctica puede advertirse del siguiente fallo: "Pues bien: en los folletos publicitarios de Citibank -Newsletter Visa Classic mayo 2005 (ver fs. 140), se expuso lo siguiente: "...Citibank Assistance: "La tranquilidad de saber que, viaje donde viaje, siempre habrá alguien a su disposición para solucionar sus problemas". "...Recuerde que usted puede viajar siempre tranquilo y disfrutar de su viaje sabiendo que, ante cualquier imprevisto, contará con la asistencia necesaria (legal, médica y técnica) durante las 24 horas, los 365 días del año". Idéntica publicidad había sido exhibida en diciembre de 2000 (ver fs. 143/144), de la que se desprendía lo que a continuación transcribo: "...Citibank Assistance: Recuerde que si usted es socio de Citibank Visa o Citibank Mastecard, puede viajar siempre tranquilo y disfrutar su viaje sabiendo que ante cualquier imprevisto, contará con la asistencia necesaria —legal, médica y técnica- durante las 24 hs., los 365 días del año...". "...Citibank Assistance le da flexibilidad de contratar el servicio de la manera que usted lo prefiera: por los días que dure el viaje, por 12 meses, con cobertura regional, internacional o internacional con Argentina...". A mi juicio, es claro que lo así dispuesto obligó a las demandadas en los términos del art. 8 de la LDC. Lo que de tal modo se exhibió fue una verdadera promesa, con un contenido específico atinente a que la prestación se efectuaría durante los 365 días del año, sin ninguna limitación como la que ahora se pretende vinculada a la necesidad de que el viajero debía retornar cada 90 días al país a efectos de "revalidar" su cobertura. No fueron apreciaciones destinadas sólo a "ensalzar" o "ponderar" la bondad del servicio, sino que fueron contundentes aseveraciones acerca de que éste tenía ese

específico contenido, dado por una atención continua, que abarcaba "todos los días que dure el viaje", "por 12 meses", y demás especificaciones. No puede aceptarse, por ende —como fue pretendido por "Universal" en su expresión de agravios— que esos anuncios sólo hayan cumplido una mera función de promoción, que no incluía información susceptible de vincular al oferente en los términos del citado art. 8º. Lo anunciado no fue vago, ni difuso, ni contingente, ni atinente a una característica del servicio que podía o no configurarse según las circunstancias, sino que contuvo, como dije, una específica promesa que exigía un resultado. En este mismo sentido, Ricardo Lorenzetti ha sostenido —según expresiones que comparto— que las precisiones contenidas en la publicidad integran el contrato con el consumidor, de modo que éste "...podrá exigir todo lo que se le haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria, no pudiendo el empresario alegar que en el contrato... no aparece recogido. Y agrega: "...Para el supuesto que se plantearan contradicciones o superposiciones acerca de un mismo supuesto, la solución es clara y deberíamos estar a la que resultara más favorable al consumidor..." (LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2009, p. 189 y ss.). De algún modo, la publicidad reemplaza a las tratativas preliminares, pues logra la credibilidad del público consumidor, generándole una expectativa razonable. Es lógico, entonces, que esa información pre-contractual integre el contrato posterior, aun cuando no haya sido recogida en el mismo. Esto, claro está, siempre que se trate —como exige la ley y ocurrió en el caso— de precisiones contenidas en esa publicidad, lo cual implica tutelar las expectativas económicas jurídicamente razonables generadas por tal vía, no las interpretaciones oníricas o fantasiosas que algunos consumidores pudieran darle (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Publicidad y consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Revista de Derecho Privado y de las Obligaciones, nº 5, 1994, p. 63 y ss.). En otras palabras: el hecho de que el citado art. 8º establezca que "las precisiones formuladas en la publicidad... obligan al oferente" debe entenderse en el sentido de que todo cuanto se exprese por ese medio sobre la naturaleza, características del bien o servicio y condiciones de contratación, integra el contenido del contrato, lo cual no implica que los avisos publicitarios deban, necesariamente, exhibir objetividad e imparcialidad, pero sí que deben ser veraces (FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, 4ta. ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 218). En tal contexto, es mi convicción que asistió razón a la señora juez de grado —que produjo una magnífica sentencia— cuando afirmó que lo establecido en la cláusula cuarta del contrato que vinculó a las partes fue sorpresivo y, por ende, abusivo. De esa cláusula resulta que la prestación de los servicios de Universal Assistance S.A. "...se limita a 90 días consecutivos por viaje..." (ver fs. 139). La confrontación entre lo prometido por medio de la publicidad más arriba transcripta y esa previsión contractual revela tan contradictoria información, que no puede sino compartirse el criterio de la sentenciante y confirmarse la sentencia en este punto..." (CNCom., Sala C, "Olivieri Acosta Rogelio José y otro c. Universal Assistance S.A. y otros s/ ordinario", del 14/04/2014).

(11) CNCom., Sala A, "Zabala Mirtha c. Bank Boston SA s/ Ordinario", del 24/10/2008; íd. "Giuxa Carlos Patricio c. Banco Francés SA s/ Ordinario", del 21/08/2009; Sala D, "Vucko, Mario Antonio c. Coto CISCSA y otro s/ Ordinario", del 29/12/2010; íd. Sala C, "Burgueño Walter Ricardo c. Banco Mercantil s/ Ordinario", del 22/12/1999; íd. Sala D, "Labonia Alejandro Fabián c. Banco Río de la Plata s/ Ordinario", del 22/03/2001, entre muchos otros. Estos fallos demuestran la diferente naturaleza de los daños que situaciones como la prevista en la norma analizada ocasionan a los particulares (vgr. daño moral; daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance).

(12) LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, 2da. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 158; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", AA.VV .Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, Suplemento Especial, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 237 y ss.

(13) CNCom., Sala E, "Banco Liniers SA c. Chiron Julio s/ Ordinario", del 19/10/1987; íd. Sala B, "Banco de la Nación Argentina SA c. Sanoner Sergio s/ Ordinario", del 15/05/2006; íd. Sala D, "Szulik Sergio y otro c. Banco Mercantil Argentina SA s/ Ordinario", del 13/09/2000; íd. Sala C, "Grinberg de Ekboir Julia y otros c. Banco Mercantil Argentina SA s/ Ordinario", del 06/08/2002; íd. Sala A, "Slatapolsky Jorge c. Banco do Brasil SA s/ Ordinario", del 18/10/2007.

(14) CNCom., Sala A, "Proconsumer c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Sumarísimo", 16/09/2010; íd. Sala B, "Consumidores Financieros c. Banco Francés SA s/ Sumarísimo", del 30/04/2010; íd. Sala C, "Proconsumer c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires SA s/ Sumarísimo", del 13/10/2006, entre muchos otros.

(15) CNCom, Sala A, "Banco Florencia SA c. Lew Adrián s/ Ejecución Prendaria", del 10/07/1998; íd. Sala D, "Instituto de Enseñanza Privada Pedro Goyena c. HSBC Bank Argentina SA s/ Ordinario", del 18/09/2009; Ídem "Farmacia Per Les c. HSBC Bank Argentina SA s/ Ordinario", 14/09/2011; íd. Sala E, "Diners Club SA c. Machinea Víctor s/ Ordinario", del 18/12/1987; íd. Sala C, "Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre s/ Sumarísimo", del 20/04/2012.

(16) RUSCONI, Dante, Prácticas comerciales ilícitas en Brasil, La Ley, 2013-E, 311; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit.; BARBIER, Eduardo A., p. 567 y ss; LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 158 y

ss.

(17) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 250 y ss.

(18) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 289.

(19) BARBIER, Eduardo A., ob. Cit., p. 509 y ss.; GERSCOVICH, Carlos G., ob. cit., 327 y ss.; BARREIRA DELFINO, Eduardo A., ob. cit., p. 202 y ss.

(20) Este principio, en cambio, ha tenido amplio desarrollo en materia de contratos mercantiles tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Ha sido sostenido que "...en caso de duda u oscuridad sobre el sentido que corresponde asignar a determinadas clausulas concordatarias, las mismas deben ser interpretadas en contra de la deudora esto es, "contra profirentem", por ser quien redacto la propuesta finalmente aprobada por los acreedores y, por consiguiente, dio motivo al conflicto con la utilización de formulas equivocas o susceptibles de ser interpretadas en más de un sentido..." (CNCom., Sala C, "IMAR Industrias Metalúrgicas Argentinas SA s/ Concurso Preventivo", del 08/11/1993; Ídem "IBM Argentina SA c. Editorial La Capital SA s/ ordinario", 16/11/1995; íd. Sala B, "Compañía de Servicios a la Construcción c. Aseguradores de Cauciones SA s/ ordinario", del 30/11/2007, entre muchos otros).

(21) No podemos dejar de mencionar las cláusulas abusivas introducidas por la res. 53/2003 de la Secretaría de Comercio Interior y sus modificaciones (ver la disposición 3/2003 y la res. 9/2004) que también son de aplicación en el campo de los contratos bancarios con consumidores y usuarios. Entre ella tendremos las que: 1) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas, 2) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato; 3) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor; 4) Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor, mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad; 5) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: a. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie; b. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la inversión de la carga probatoria al consumidor. c. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos; 6) Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre establecida por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato; 7) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible; 8) Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor; 9) Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta; 10) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos; 11) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos: 1. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato; 2. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar; 3. Se determinen criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes; 4. Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a SESENTA [60] días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato; 12) Cuando en contratos cuya duración sea superior a los SESENTA [60] días y se hubiere previsto la renovación automática, no establezcan la obligación del proveedor de notificar al consumidor con una antelación no inferior a SESENTA [60] días, los cargos por renovación u otros que, con carácter variable, se hallaren previstos en el contrato. Quedan exceptuados los contratos de depósitos a plazo fijo cualquiera fuera su duración; 13) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, excepto en relación con los celebrados por tiempo indeterminado, los cuales sólo podrán rescindirse sin causa, previa notificación al consumidor, cursada con una antelación no menor a SESENTA [60] días, salvo que las normas que regulen específicamente la actividad determinen un plazo distinto; 14) Cuando por la naturaleza del servicio se encuentre prevista, accesoriamente, la contratación de un seguro y el proveedor no ofrezca al consumidor la posibilidad de elegir entre distintas compañías aseguradoras.

(22) GERSCOVICH, Carlos G., Consumidores bancarios. Derechos económicos de los bancos y sus clientes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 147 y ss.

(23) SCHOTZ, Gustavo Juan, El consumidor en internet, AA.VV. Defensa del consumidor, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 443 y ss.

(24) Incluimos dentro de este argumento la nula regulación de la venta telefónica, alrededor de las cual se generan innumerables inconvenientes para los consumidores. Apenas se mencionó en el art. 1105 a las "telecomunicaciones", concepto que, concebido dentro de la contratación a distancia, no ha merecido la atención en las particularidades específicas que hacen a la concertación de contratos por este medio, en especial, en lo referido a las garantía de los usuarios acerca del contenido del bien o servicio que habrá de adquirir, el cual no queda registrado en ningún soporte visual. La única alternativa a la que podrán acudir los consumidores serán al derecho a revocación al que oportunamente haremos referencia.

(25) SIGAL, Martín, AA.VV. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, T. III, 2014, p. 755.

(26) ARMELLA, Cristina, "Contratos conexos", AA.VV. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, Suplemento Especial, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 203 y ss.; ALBANO, Carlos A., AA.VV. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, T. III, 2014, p. 627 y ss.

(27) Dicha reglamentación exige consignar lo siguiente: "i) La descripción y especificación completa del producto y/o servicio. ii) La razón social, CUIT y domicilio legal del sujeto obligado. iii) Identificación del usuario de servicios financieros. iv) Las comisiones y cargos así como los términos y condiciones y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados y convenidos. v) Cláusula de revocación en donde se indique que el usuario de servicios financieros tiene derecho a revocar la aceptación del producto o servicio dentro del plazo de diez [10] días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el contrato o de la disponibilidad efectiva del producto o servicio, lo que suceda último, notificando de manera fehaciente o por el mismo medio en que el servicio o producto fue contratado. Para el caso de la contratación a distancia, este plazo se contará a partir de la fecha en la cual el usuario reciba el contrato con la firma del sujeto obligado. Se aclarará en esta misma cláusula que dicha revocación será sin costo ni responsabilidad alguna para el usuario de servicios financieros en la medida que no haya hecho uso del respectivo producto o servicio y que, en el caso de que lo haya utilizado, sólo se le cobrarán las comisiones y cargos previstos para la prestación, proporcionados al tiempo de utilización del servicio o producto. La facultad de revocación debe ser informada al usuario en todo documento que le sea presentado con motivo de la oferta y/o contratación del producto o servicio. Lo previsto en este punto no aplica a las operaciones de captación de fondos que realizan las entidades financieras en el marco de las normas sobre "Depósitos e inversiones a plazo". vi) El derecho del usuario de efectuar, en cualquier momento del plazo del crédito, la precancelación total o precancelaciones parciales con ajuste a lo previsto en el punto 2.3.2.1. vii) El derecho del usuario de realizar operaciones por ventanilla, sin restricciones de tipo de operación —sujeto a las que por razones operativas pudieran existir— ni de monto mínimo, conforme a lo previsto en el punto 2.3.2.2. viii) Los restantes requisitos normativamente reglamentados según el producto o servicio de que se trate...". Esta misma reglamentación respecto de los intereses establece en su apartado 2.3.3 "Exposición de las tasas de interés y del costo financiero total (CFT) en los documentos. Para las operaciones de financiación debe aplicarse lo dispuesto en el punto 3.2. de las normas sobre 'Tasas de interés en las operaciones de crédito'. La falta de inclusión en los documentos de la tasa de interés y/o del costo financiero total determinará que el sujeto obligado podrá aplicar al usuario, como máximo CFT, la tasa promedio que surja de la encuesta de tasas de interés de depósitos a plazo fijo de 30 a 59 días —de pesos o dólares, según la moneda de la operación— informada por el Banco Central a la fecha de celebración del contrato —o, en caso de que no estuviera disponible, la última informada— sobre la base de la información provista por la totalidad de bancos públicos y privados. Para el cálculo del costo financiero total se tomará en cuenta la tasa de interés, las comisiones y cargos vigentes al momento de la contratación, indicando expresamente si esos conceptos podrán modificarse de conformidad con los parámetros y criterios preestablecidos en el contrato".

(28) En tal sentido, la res. 134/1998, dispone lo siguiente: "Art. 1º.— Las entidades bancarias, financieras y de cualquier otra índole que emitan tarjetas de crédito, de compra y/o de pago deberán informar mensualmente a la autoridad de aplicación de la Ley 24.240: a) Tasa de interés nominal anual y efectiva mensual aplicada al financiamiento de saldos deudores, en pesos y en dólares estadounidenses; b) Tasa de interés punitoria aplicada, en pesos y en dólares estadounidenses; c) Tasa de interés aplicable a extracciones o adelantos de dinero en efectivo, en pesos y en dólares estadounidenses; d) Cargo o arancel mensual por gastos de administración; e) Cargo o arancel anual; f) Cargo por emisión de tarjetas; g) Gastos de envío del resumen y tarjetas; h) Todo otro cargo, tasa, comisión, gasto, adicionales o similares que cobren a los poseedores de tarjetas, de cualquier índole y por cualquier concepto que no sea alguno de los especificados más arriba. Respecto de las tasas de interés, deberán informar asimismo las fechas desde las cuales las mismas comienzan a aplicarse. La información requerida será la correspondiente al mes vencido anterior. Art. 2º.— En todos los casos, deberán informar si las

tasas de interés, cargos, comisiones, gastos, adicionales y similares de cualquier tipo que se mencionan en el artículo anterior son uniformes para las distintas categorías de tarjetas, para todas las localidades del país, para todos los tipos de moneda y/u operaciones, realizadas en el país y/o en el exterior, o si existe diferencia entre ellas y, cuando no fueren uniformes, cuales son las tasas de interés y los gastos, comisiones, cargos, adicionales o similares que se cobran para cada caso. Art. 3º.— Las entidades administradoras de tarjetas de crédito, de compra y/o de pago deberán entregar a la autoridad de aplicación de la Ley 24.240, en forma mensual, igual información a la solicitada en los arts. 1º y 2º de la presente Resolución.. De su lado, la res. 313/1998 establece: "Art. 1º.— Las entidades financieras que otorgan créditos hipotecarios deberán informar trimestralmente a la Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240 el Costo Financiero Total de las operaciones de crédito hipotecario destinado a la adquisición de viviendas, conforme lo establecido en la Circular del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA "A" 2689 de fecha 22 de abril de 1998. Art. 2º.— El Costo Financiero Total deberá ser calculado, considerando la Tasa Nominal Anual Fija y Variable, para operaciones en pesos y dólares, conforme la parametrización que se presenta en el Anexo I y deberá presentarse para su información a la Autoridad de Aplicación, conforme el formulario que se presenta con su instructivo en el Anexo II en CUATRO [4] planillas que forman parte de la presente resolución. Art. 3º-La información solicitada y correspondiente a mes vencido deberá entregarse en la DIRECCIÓN NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR, dependiente de la SUBSECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR de la SECRETARÍA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERÍA, ubicada en Avenida Julio A. Roca Nº 651, 4º piso, Sector 1. Capital Federal, dentro de los primeros DIEZ [10] días corridos de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año. Art. 4º.- La información que se entregue a la Autoridad de Aplicación respecto a este tipo de operatorias de crédito hipotecario en el mercado financiero podrá ser publicada y difundida para el conocimiento de los consumidores. Y en similar sentido que la anterior, la res. 387/1999 dispone: "Art. 1º.— Las entidades que otorgan créditos prendarios deberán informar trimestralmente a la Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240 el Costo Financiero Total y el valor de la Cuota Total de las operaciones de crédito prendario sobre automotores CERO KILÓMETRO [0 KM] destinado a uso particular, sean estas líneas otorgadas en forma directa por la entidad otorgante y/o a través de una red de concesionarios. Art. 2º — El Costo Financiero Total y el valor total de la cuota deberán ser calculados, considerando la Tasa Efectiva Anual Fija y Variable, los seguros de vida y automotor, los gastos administrativos, de evaluación y envío de resumen y los impuestos que correspondan. Art. 3º — El cálculo del Costo Financiero Total y del valor total de la cuota, tanto de las líneas de financiación en pesos como de las otorgadas en moneda extranjera, deberán realizarse teniendo en cuenta la parametrización que se presenta en el Anexo I de la presente resolución y la información deberá presentarse ante la Autoridad de Aplicación, conforme los cuadros que se presentan en el Anexo II de la presente resolución. Art. 4º — La información solicitada y correspondiente a mes vencido deberá entregarse en la DIRECCIÓN DE ANÁLISIS DE PRECIOS Y EVALUACIÓN DE MERCADOS dependiente de la DIRECCIÓN NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR de la SECRETARÍA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERÍA, ubicada en Avenida Julio A. Roca Nº 651, 7º Piso, Sector 16, Capital Federal, dentro de los primeros QUINCE [15] días corridos de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año. Art. 5º — La información que se entregue a la Autoridad de Aplicación con respecto a este tipo de operatorias de crédito prendario podrá ser publicada y difundida para el conocimiento de los consumidores".

(29) Dicha norma dispone que "...La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor...".

(30) Este nuevo artículo expresamente establece que "...Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados en este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar...".

(31) Como también se indicó, esta solución es concordante con la dada por el art. 36 de la ley 24.240 a uno de los tipos de contratos bancarios con consumidores, como lo es en ese supuesto, el de crédito para consumo.

(32) Al comentar el art. 1386 Villegas plantea que "...la regulación es insuficiente si se tiene presente que estas normas forman parte del Parágrafo 2º referido específicamente a los contratos con consumidores, porque se debió consagrar la obligación del banco de entregarle una copia del contrato al cliente y de dejar constancia de dicha entrega con la firma del recibo por el consumidor, como lo prevé la Ley de italiana de 1992 sobre Disciplina Bancaria e Crediticia en su art. 3º..." (VILLEGAS, Carlos G., AA.VV. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, T. IV, 2014, p. 292).

(33) Ver apartado 2.3.1.1.

(34) Ver apartado 2.3.1.3.

(35) En el caso de las tarjetas de crédito, el art. 22 de la ley 25.065 establece la obligación de emitirlo de

manera mensual. En el caso de la cuenta corriente bancaria, el art. 793 del hasta hoy vigente Código de Comercio —a partir del 1º de agosto del corriente año también la obligación será mensual, según el art. 1403 del código unificado— establece la obligación de liquidaciones trimestrales.

(36) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 334.

(37) Explica Lorenzetti que "...La rescisión es un derecho potestativo de desistir de las obligaciones causadas por el contrato que tiene efectos hacia el futuro, subsistiendo los ya cumplidos en el contrato. Debe estar expresamente pactado, lo que ha dado lugar a discrepancias sobre la legitimidad de la cláusula. Examinándola aisladamente, se puede argumentar que es legítima porque el Código Civil admite a favor de ambas partes el distracto (art. 1200, Cód. Civil). En cambio, en una tesis restrictiva se ha considerado que la cláusula es por sí misma inmoral, y que es aceptada por efecto de una imposición abusiva, con la consecuencia de que los jueces deben declararla inválida, salvo que prueba la existencia de una causa grave que motiva el incumplimiento. Indagando sobre la regulación de la cláusula de rescisión unilateral, se puede concluir que no es por sí misma ilícita, sino que tiene una distinta consideración según el contexto legal y los intereses afectados... En virtud de ello, juzgamos imprescindible considerar el contexto legal y los intereses, a fin de juzgar la licitud de la cláusula en examen, debiendo examinarse: a) Si su fuente es legal o convencional; b) siendo contractual, si es bilateral o unilateral; c) si es unilateral de fuente convencional, si es un contrato de consumo; d) si es un contrato paritario o de empresa, no hay una regla fija, sino que debe examinarse el problema del consentimiento...Con relación a los contratos de consumo, la cláusula de rescisión unilateral es considerada abusiva, en tanto no esté prevista para ambas partes, ya que produce una desnaturalización de las obligaciones y una renuncia de derechos del consumidor (art. 37, ley 24.240). Aun así, deberá analizarse el caso concreto, ya que es preocupante que los proveedores puedan creerse autorizados a decidir caprichosamente con quiénes continuarán sus acuerdos..." (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 330-331).

(38) Es importante recordar aquí, que el apartado 2.3.1.1 de las Normas sobre Protección de los usuarios de servicios financieros establece que en el contenido mínimo del contrato debe constar el derecho a ejercer esta facultad. Por su parte, la Secretaría de Comercio Interior, reglamentó en su aspecto formal el art. 34 LDC mediante la res. 906/1998, disponiendo en su art. 4º que "... Cuando deba incluirse la información del art. 34 de la Ley 24.240, se expresará con el siguiente texto: "El consumidor tiene derecho a revocar la presente operación comercial (por adquisición de cosas y/o prestación de servicios) durante el plazo de CINCO [5] días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El consumidor comunicará fehacientemente dicha revocación al proveedor y pondrá la cosa a su disposición. Los gastos de devolución son por cuenta del proveedor. Para ejercer el derecho de revocación el consumidor deberá poner la cosa a disposición del vendedor sin haberla usado y manteniéndola en el mismo estado en que la recibió, debiendo restituir el proveedor al consumidor los importes recibidos". La fórmula preestablecida deberá ser consignada en negrita y caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, al doble del tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento...".

(39) CNCom., Sala C, "Levene Julio c. Rainly S.R.L. y otro s/Ordinario", del 13/12/2012, del voto en disidencia de la Dra. Julia Villanueva.

(40) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto — PICASSO, Sebastián, Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, T. I, 2009, p. 32; LOWENROSEN, Flavio Ismael, ¿Quiénes son los sujetos protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor? ¿Personas físicas y personas jurídicas?; CHAMATRóPULOS, Demetrio A. — NAGER, María A., La empresa como consumidora, La Ley, Revista Derechos de los Contratos, Consumidores y Empresas, junio 2012, p. 120; ver también los ejemplos expresados en los antecedentes parlamentarios al discutir el proyecto original de la Diputada Stella Maris Córdoba.

(41) Debemos destacar aquí, un valioso precedente de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial anterior a la ley 26.361, en el que se sostuvo lo siguiente: "...Corresponde declarar aplicable la ley 24.240 respecto de una persona jurídica como consumidor protegido por tal norma legal, si —como en el sub-lite— aquélla adquirió a título oneroso un automotor cero kilómetro con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de una empresa comercial: en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras en ejecución. Es decir, como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de este, para a su vez integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros; éste es el alcance protector que emana de la ley 24.240: 1° y 2° párrafo, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta la sociedad en cuestión, por esencia, el consumidor..." (CNCom., Sala A, "Artemis Construcciones SA c. Diyon SA y otro s/ Ordinario", del 21/11/2000).

(42) Esta interpretación fue sostenida también por Piedecasas, quien al referirse al concepto de consumidor luego de la sanción de la ley 26.361, expresó "...Elimina la exclusión de aquéllos que adquirían o utilizaban los bienes y servicios para integrarlos en procesos propios de producción o comercialización, lo que permite

sostener la aplicabilidad del sistema a estos sujetos y situaciones. Al eliminar estas exclusiones expresas que traía el texto original de la ley, se permite (interpretativamente) la aplicación expansiva del sistema de defensa del consumidor a situaciones que conceptualmente podrían no encuadrar en él..." (PIEDECASAS, Miguel A., La ley 26.361. Reseña general, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009-1, p. 86. Otros autores, aun no compartiendo la interpretación a la que arribaron, coincidieron —al referirse al caso "Artemis" ya citado— en que "...Esta postura puede verse abonada por la lamentable exclusión de una valiosa regla de interpretativa contenida en el art. 2° del texto original de la ley 24.240 —lo que fuera advertido tempranamente por Ariza— que expresaba: 'no tendrán el carácter de consumidores... quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros'. A su turno se podrá replicar que los precedentes mencionados fueron dictados bajo la vigencia de la norma con el texto transcripto; y que la desaparición de tal premisa es indiferente, habida cuenta que se trata de un concepto ínsito en el de consumidor final..." (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto — PICASSO, Sebastián, ob. cit., p. 33). En sentido contrario, puede reconocerse no sólo a la posición que ha adoptado la mayoría de la doctrina —aunque hoy empiezan a alzarse muchas voces críticas a esa concepción restringida de la noción del consumidor—, sino también a una mayoritaria línea jurisprudencial que se ha pronunciado sobre el punto, argumentando la vigencia del principio resultante del texto original del art. 2 citado, hoy modificado por la ley 26.361 (CNCom., Sala A, "Dreon, Marcelo c. Banco Superville SA s/ Ordinario", del 23/10/2012; íd. Sala F, "Márquez Jiménez Concepción A. c. Daimler Chrysler Argentina SA y otros s/ Ordinario", del 28/06/2011; íd. Sala B, "Blue Way SA c. CIDEF Argentina SA s/ Ordinario", del 21/12/2005; íd. Sala D, "Casale Mónica c. SVA SA s/ Ordinario", del 22/02/2008).

(43) En el dictamen de comisión del referido proyecto, se había sostenido "Por último, se mantiene la exclusión tuitiva de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, para los proveedores que adquieren o utilizan bienes o servicios para integrarlos a otros bienes o servicios que ellos a su vez proveerán. Pero se limita la exclusión a los proveedores que incorporan esos bienes o servicios como insumo directo de otros bienes o servicios y a los que los incorporen en cualquier concepto, cuando no tengan características de micro, pequeñas o medianas empresas, o similares, en los términos de la ley 25.300, de mipymes, y sus reglamentaciones. La exclusión de la protección especial se basa en los necesarios conocimientos que un proveedor tiene o debería tener del negocio que maneja y de sus intimidades, pudiendo ser excluido también por su ostensible poder negocial en razón de la magnitud del giro de la empresa. Siendo así las cosas, se presume acotada la asimetría informativa, y como consecuencia de ello la asimetría negocial, en lo que a información se refiere, en unos casos, y en su poder empresario integral, en otros, y por ende acotada asimismo su vulnerabilidad contractual. Hasta ahora, al amparo del art. 2° del dec. regl. 1798 del 13 de octubre de 1994 y siguiendo un criterio económico contable de que toda operación empresarial forma parte del giro de la empresa, se ha entendido que la adquisición de cualquier producto o servicio por un proveedor termina, finalmente, incorporado al proceso de producción o comercialización, y por lo tanto debe estar excluida de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor. Esto, que puede ser cierto acerca de los bienes estrechamente relacionados con los que el proveedor produce o comercializa, no lo es respecto del amplio universo de todos los demás. Poniendo un ejemplo recurrente, puede decirse que un productor de tornillos podrá y deberá conocer acerca del acero con que los fabrica, pero no tiene por qué saber de los muebles, ni del equipo de aire acondicionado, ni de la papelería, ni de los alimentos, ni de la telefonía, ni de tantas otras cosas o servicios que adquiere para utilizar en su fábrica. En estos casos, la asimetría y vulnerabilidad del, por así llamarlo, proveedor consumidor viene siendo idéntica a la del consumidor común. Por ello, como se ha dicho, se propicia limitar esta exclusión respecto de las operaciones referidas solamente a los insumos directos destinados a ser integrados en otros procesos de provisión. En otro orden, si bien es cierto que estas situaciones podrían replicarse en empresas de gran magnitud, no es menos cierto que las mismas disponen o tienen capacidad para contar con los más variados y suficientes recursos(económicos, científicos y tecnológicos, jurídicos, contables, etcétera) para encarar sus contrataciones desde una posición de negociación suficientemente sólida, por lo que, en esta circunstancia, no se considera menester que sean alcanzadas por este estatuto del consumidor final, cualesquiera sean las causas de las adquisiciones o locaciones de bienes y servicios que realicen...".

(44) Este supuesto —esto es, es decir la adquisición de bienes y servicios que si bien inmediatamente presente al empresario como destinatario final, mediatamente son utilizados en el marco de un proceso productivo o de prestación de servicios a terceros—, que es denominado por Lorenzetti como "integración mediata" es reconocido por mayoritaria jurisprudencia y doctrina excluido de la protección consumeril (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 101-103). En igual sentido se pronuncian Frustagli y Hernández al sostener que "...actualmente no cabe negar a priori la calidad de consumidor a las personas físicas o jurídicas que desenvuelven actividades económico-empresariales; en tales supuestos el carácter de destinatario final se entenderá configurado si la operación realizada se sitúa fuera del ámbito de su actividad profesional específica, apreciado ello en función del objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias del caso..." (FRUSTAGLI, Sandra A. — HERNÁNDEZ, Carlos A., El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el derecho argentino, La Ley, 2011-E, 997).

(45) SANTARELLI, Fulvio G., "La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la

protección del empresario débil", La Ley, 2007-C, p. 1044. En similar sentido: GERSCOVICH, Carlos G., ob. cit., p. 233.

(46) GROSSI, Jorge, "Derecho del consumidor: ámbito de aplicación, documento de venta y garantía legal a la luz de la reforma de la ley 26.361", en AA.VV. La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

(47) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., ob. cit., ps. 196-197.

(48) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 441; BARREIRA DELFINO, Eduardo A., ob. cit., ps. 198-199; MOEREMANS, Daniel, Contratación bancaria y la ley de defensa de los consumidores (ley 24.240), La Ley, 1997-E, 1297; GERSCOVICH, Carlos G., ob. cit., ps. 228-229.

(49) CNCom., Sala C, "Fondo de Garantías Buenos Aies SAPEM c. Palacios Paula s/ Ejecución prendaria", del 18/09/2012.

(50) CNCom., Sala C, "Alenco SAIC c. Zurita Ramón Alberto s/ Ejecución Prendaria", del 28/06/2012.

(51) CNCom., Sala C, "Toyota Cía. Financiera de Argentina c. Labonatur SRL y outro s/ Ejecutivo", del 05/06/2012.

(52) CNCom., Sala C, "Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo San Pedro Ltda. c. Nicoli Roberto s/ Ejecutivo", del 26/06/2012.

(53) CNCom., Sala C, "Consumidores Financieros c. Banco Patagonia SA s/ sumarísimo", del 11/11/2014, de los fundamentos del Dr. Eduardo Machin.

(54) VILLEGAS, Carlos G., ob. cit., p. 280.

(55) VILLEGAS, Carlos G., ob. cit., p. 290.

(56) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 441.

(57) Ver apartado 1.1.1.

(58) En tal sentido, en los fallos citados en el pie de página nº 14, se persiguió el cese del cobro de los siguientes conceptos: "comisión por depósito en efectivo, transferencias u otras operaciones", "comisión o cargo por diferimiento de pago" y "cargo financiero".

(59) En el renombrado precedente "Avan SA c. Banco de Tourquinst SA s/ Ordinario" (CNCom, Sala A integrada, del 17/0272004; La Ley, 2004-D, 1948) se señaló, en lo que aquí interesa, que "...La ausencia de una descripción clara de los códigos utilizados para efectuar los débitos al dorso del resumen de cuenta impide toda posibilidad de identificar su origen y causa (...)Planteado el arreglo y rectificación de la cuenta corriente bancaria, en atención a débitos por comisiones y gastos no acordados, que no han quedado justificados, y que carecen del debido respaldo documental, queda insatisfecha la exigencia contenida en los arts. 793 y 796, del Código de Comercio...".

(60) En el mencionado fallo "Aván" también se sostuvo "...Aun cuando la actora hubiera autorizado de forma genérica a practicar determinados débitos en la cuenta, resulta dirimente que la demandada no acreditó la efectiva realización del servicio cobrado, el monto del débito y su conformación, ni su encuadre normativo. Respecto de ciertos débitos y gastos media ausencia de respaldo documental como por caso: pedido del servicio, constancia de la realización del trámite, las tasas e impuestos abonados, las comisiones percibidas, los aforos realizados, etc....".

(61) El apartado 2.3.2. "Comisiones y cargos", dispone lo siguiente: 2.3.2.1. Admitidos. Todas las comisiones, cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto —excluyendo la tasa de interés— que los sujetos obligados perciban o pretendan percibir de los usuarios de servicios financieros ("comisiones y cargos"), deben tener origen en un costo real, directo y demostrable y estar debidamente justificados desde el punto de vista técnico y económico. La aplicación de comisiones y/o cargos debe quedar circunscripta a la efectiva prestación de un servicio que haya sido previamente solicitado, pactado y/o autorizado por el usuario. Las comisiones obedecen a servicios que prestan los sujetos obligados y, en tal sentido, pueden incluir retribuciones a su favor que excedan el costo de la prestación. Los cargos obedecen a servicios que prestan terceros, por lo que solamente pueden ser transferidos al costo a los usuarios. Asimismo, el importe de los cargos que el sujeto obligado transfiera a los usuarios no podrá ser superior al que el tercero prestador perciba de particulares, sin intermediarios y en similares condiciones (servicios postales, compañía de seguros, escribanía y registros de propiedad, u otros de índole similar). En las operaciones de crédito, los sujetos obligados podrán aplicar comisiones sobre los importes no utilizados de los acuerdos de asignación de fondos,

dado que su puesta a disposición a los usuarios configura la prestación del servicio. La precancelación total o parcial de financiaciones podrá dar lugar a la aplicación de comisiones. En el caso de precancelación total, no se admitirá la aplicación de comisiones cuando al momento de efectuarla haya transcurrido al menos la cuarta parte del plazo original de la financiación o 180 días corridos desde su otorgamiento, de ambos el mayor. Además, será de aplicación lo previsto en el punto 1.7. de las normas sobre "Tasas de interés en las operaciones de crédito". 2.3.2.2. No admitidos. No corresponde el cobro a los usuarios de conceptos que no observen las condiciones enunciadas en el punto 2.3.2.1. En ningún caso podrán aplicarse comisiones y/o cargos al usuario por servicios financieros que no hayan sido solicitados, pactados y/o autorizados por él y, aun cuando habiendo sido solicitados, pactados y/o autorizados por éste informados por el sujeto obligado al usuario, no se hayan prestado de manera efectiva. No podrán aplicarse comisiones a las operaciones efectuadas por ventanilla por los usuarios de servicios financieros que sean personas físicas. Estas disposiciones también serán aplicables para los distintos tipos de cuentas de depósito, salvo en los casos en que rijan comisiones máximas establecidas específicamente por el Banco Central, tales como las fijadas para las transferencias de fondos realizadas por ventanilla. Independientemente de lo expuesto, se consideran no admitidos los siguientes cargos y comisiones: por contratación y/o administración de seguros (dado que sólo es transferible la prima al usuario), por generación de resumen de cuenta o de envío de resumen de cuenta virtual (esos servicios deben estar incluidos en la comisión por mantenimiento de cuenta) y por evaluación, otorgamiento o administración de financiaciones. 2.3.3. Exposición de las tasas de interés y del costo financiero total (CFT) en los documentos. Para las operaciones de financiación debe aplicarse lo dispuesto en el punto 3.2. de las normas sobre "Tasas de interés en las operaciones de crédito". La falta de inclusión en los documentos de la tasa de interés y/o del costo financiero total determinará que el sujeto obligado podrá aplicar al usuario, como máximo CFT, la tasa promedio que surja de la encuesta de tasas de interés de depósitos a plazo fijo de 30 a 59 días —de pesos o dólares, según la moneda de la operación— informada por el Banco Central a la fecha de celebración del contrato —o, en caso de que no estuviera disponible, la última informada— sobre la base de la información provista por la totalidad de bancos públicos y privados. Para el cálculo del costo financiero total se tomará en cuenta la tasa de interés, las comisiones y cargos vigentes al momento de la contratación, indicando expresamente si esos conceptos podrán modificarse de conformidad con los parámetros y criterios preestablecidos en el contrato.

(62) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, Los consumidores ante las comisiones bancarias abusivas, La Ley, 2013-F, 1110.

(63) Ver apartado 2.3.2.1.

(64) Ver apartado 2.3.2.2.

(65) Ver apartado 2.3.5. "Reintegro de importes. Todo importe cobrado de cualquier forma al usuario de servicios financieros por tasas de interés, comisiones y/o cargos sin el cumplimiento de lo previsto en los puntos 2.3.2. a 2.3.4. deberá serle reintegrado dentro de los cinco [5] días hábiles siguientes al momento de presentación del reclamo ante el sujeto obligado, de conformidad con las previsiones del punto 3.1.4. y sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder. En tales situaciones, corresponderá reconocer el importe de los gastos realizados para la obtención del reintegro y los intereses compensatorios pertinentes, aplicando a ese efecto dos veces la tasa promedio del último mes disponible que surja de la encuesta de tasas de interés de depósitos a plazo fijo de 30 a 59 días —de pesos o dólares, según la moneda de la operación— informada por el Banco Central a la fecha de celebración del contrato —o, en caso de que no estuviera disponible, la última informada— sobre la base de la información provista por la totalidad de bancos públicos y privados".

(66) FARINA, Juan María, Defensa del consumidor: dos criterios opuestos acerca de los alcances de la tutela legal, La Ley 1997-1093.

(67) FARINA, Juan María, ob. cit.

(68) CNCom., Sala C, "HSBC Bank Argentina S.A. c. Gómez Héctor José y otro s/ ordinario", del 26/05/2014. En este precedente ha sido sostenida esta tesis, al sostenerse lo siguiente: "5. No obsta a ello lo expresado en la sentencia acerca de que los demandados no impugnaron los resúmenes acompañados. Por lo pronto, cabe recordar que los resúmenes no son sino meros instrumentos unilateralmente emitidos por el banco, carentes de aptitud constitutiva de derechos u obligaciones, en los que la entidad se limita a practicar la liquidación de las operaciones previamente realizadas por el cliente. En ese marco, la conformidad derivada de su falta de impugnación (art. 29 de la ley 25.065) sólo tiene carácter ficto, por lo que no puede sustituir la verdad alcanzada, no ya de ese modo ficticio sino de manera cierta, por medio de las pruebas rendidas en el expediente que den cuenta de que las liquidaciones así practicadas han sido incorrectas. Se trata de una presunción de conformidad iuris tantum, que, por ello mismo, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, según temperamento que, enderezado a procurar un rápido finiquito de ciertas operaciones, ha sido reiterado por el legislador mercantil en otras varias disposiciones (art. 474, art. 73, art. 793 del código comercial, entre otros). Si esto es así en general, con mayor razón lo es en el marco del derecho del consumidor

que es el aplicable a la especie (art. 42 de la Constitución Nacional y ley 24.240). Así cabe concluir si se atiende a que, como es sabido, el prestador que demanda a un consumidor como consecuencia de una relación de consumo tiene a su cargo probar de modo cierto el derecho que invoca y no recurrir a una constancia de su autoría con el propósito de crear para sí un crédito sólo fundado en su propia declaración de voluntad. Si ese acreedor no procede de aquel modo, no puede el juez recurrir a la ficción para fundar la decisión de que ha sido probado el derecho invocado, pues esto importaría vulnerar lo previsto en el inc. c) del art. 37 de la ley 24.240, norma que declara inválida toda cláusula que imponga la inversión de la carga de la prueba (ver Farina, Juan María, Defensa del consumidor: dos criterios opuestos acerca de los alcances de la tutela legal, L.L. 1997-1093). Que ésta es la correcta inteligencia de la norma citada, parece claro. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional que transcribo a continuación porque así lo amerita el caso, a saber: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno". Y, como si fuera poco, agrega que "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...", de lo que se deriva que aquéllas —dentro de las que naturalmente se encuentran incluidas los jueces— tienen esa obligación constitucional específica, que, en lo que aquí interesa, impide condenar a un consumidor si no se ha reunido prueba idónea para acreditar los alcances de la obligación en la que se sustenta la acción (esta Sala, "Álvarez Carlos Luis c. Aseguradora Federal Argentina SA s/ ordinario", 22/08/2012; íd., "Céspedes, Cresencio Héctor c. Nación Seguros de Vida S.A. s/ordinario", 25/10/2012). Ese es el alcance y sentido que tiene el art. 65 de la ley 24.240, que, al declarar que esa ley es de orden público, obliga al juez a aplicarla de oficio, aun ante el silencio que del propio interesado y con prescindencia de toda otra norma que se oponga a sus explícitas disposiciones dada la jerarquía constitucional que éstas tienen (ver FARINA, trabajo citado). En esa línea se inscribe el ya citado art. 37, que es concluyente en cuanto manda tener por no escritas "...Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte...", como así también las "...que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor". Sobre la base de estas consideraciones, el autor que vengo glosando llega a la conclusión —que comparto— de que, cuando estamos en presencia de una relación de esta especie, son inaplicables las normas que crean presunciones en contra del consumidor sobre la base de suponer una renuncia a cualquiera de los derechos conferidos a éste con carácter de orden público, los que tienen por matiz diferencial, precisamente, el de ser irrenunciables. Mal podía, entonces, fundarse la inviabilidad de las defensas planteadas por los demandados en el hecho de que éstos no habían cuestionado los aludidos resúmenes. Esto así, con mayor razón si se atiende a que si bien los resúmenes de enero y febrero no fueron impugnados, las consecuencias de la sorpresiva pesificación de los u$s 11.000 que habían entregado los defendidos y la idéntica pesificación que el banco produjo sobre el límite concedido a éstos para compras en dólares recién pudieron ser advertidas por aquéllos con el resumen que vencía el 18/03/2002, dado que fue entonces cuando se registró la adquisición del vehículo más arriba referido, impactando —por la magnitud de la operación— en el aludido límite pesificado y dando lugar a los cargos. Por lo demás, es claro que este último resumen sí fue impugnado en tiempo, dado que, para decidir este aspecto, no es posible atenerse al plazo de sólo 5 días establecido en el contrato, desde que ese plazo importó una ilegítima abreviación del de 30 días establecido en el art. 26 de la citada ley 25.065 en tanto infringió una norma que no era disponible para las partes (art. 57, misma ley), como lo entendió el propio banco al asentar en los resúmenes en cuestión la leyenda de que los usuarios disponían de 30 días para impugnarlos (v. fs. 96 y 100)...".