Universidad de Morón

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Proyecto de Investigación y Desarrollo (PID)

INVESTIGACIÓN SOBRE MARCO NORMATIVO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA (Código de Proyecto: 800 201702 00026 UM)

Junio 2018 – Junio 2020

Investigadores:

Doctor Jorge Oscar Rossi (Director)

Abogado Carlos Rodríguez Bustamante

Abogado Walter Mariani.

INDICE

I. Introducción

II. Plan de Trabajo

II-1. Antecedentes del Tema

II-2. Justificación

II-3. Marco teórico

II-4. Objetivos

II-5. Formulación del Problema

II-6. Hipótesis

II-7. Metodología

III. Informe Final

III.1. Introducción

III. 2. Puesta en común de conceptos

III. 2. 1. Definición de consumidor en el Derecho Argentino

III. 2.1.1. Introducción

III. 2.1.2. Definición postulada

III. 2.2. Usuario de servicios financieros y proveedor de servicios financieros

III. 2.3. El concepto de usuario de servicios financieros en la jurisprudencia

III. 2. 4. Usuario profesional de servicios financieros

III. 2.5. Quid del concepto de consumidor a la hora de analizar la legitimación de las asociaciones de consumidores

III. 2.6. Estado de endeudamiento del consumidor

III. 2.7. Tipos de endeudamiento

III. 2.8. Tipos de acreedores

III. 2.9. Tipos de deudores

III. 2.10. Combinaciones posibles entre los tipos de proveedores – acreedores y de consumidores – deudores

III. 2.11. Estado de Sobreendeudamiento

III. 2.11.1. Repaso de algunas definiciones doctrinales y normativas

III. 2.11.2. Definición de sobreendeudamiento propuesta

III. 2.11.3. Definición de sobreendeudamiento activo propuesta

III. 2.11.4. Definición de sobreendeudamiento pasivo propuesta

III. 2.11.5. Definición de sobreendeudamiento de buena fe propuesta

III. 2.11.6. Definición de sobreendeudamiento de mala fe propuesta

III. 2.11.7. Definición de inducción sistémica al sobreendeudamiento propuesta

III. 2.11.8. Definición de inducción específica al sobreendeudamiento propuesta

III. 3. Relaciones y contratos de consumo. Regulación jurídica

III. 3.1. El art. 42 de la Constitución Nacional

III. 3.2. Integración de la LDC con el resto de nuestro sistema jurídico

III. 3.3. El derecho del consumidor en el CCC

III. 3.4. 1. Relación de consumo

III. 3.4.2. El art. 36 de la LDC

III. 3.4.3. Regulación de las operaciones “atadas” o vinculadas: Una aplicación especifica de la teoría de la conexidad contractual

III. 3.4.4. Autoridad de aplicación

III. 4. El BCRA y las normas de “Protección de los Usuarios de Servicios Financieros”

III. 4.1. Introducción

III. 4.2. Estructura

III. 4.3. Sujetos obligados

III. 4.3.1. Usuarios de servicios financieros

III. 4.4. Regulación especifica

III. 4.5. Ampliación del marco protectorio

III. 5. Caso de las cláusulas de “elección de proceso”: Los mutuos hipotecarios con “régimen especial de ejecución” y la invalidez de la renuncia anticipada de derechos por parte del consumidor (art. 37 LDC)

III. 6. Los títulos de crédito y la ley 24.240

III. 6.1. Introducción

III.6. 2. Un caso interesante: Juicio ejecutivo e incompetencia de oficio por aplicación del art. 36 de la LDC

III. 6.2.1. Casuística

III. 6.2.2. La opinión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

III. 6.2.3. Un caso idéntico

III. 6.2.4. Plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial: la ley de defensa del consumidor prevalece sobre la “abstracción cambiaria”

III. 6.2.5. "Pagaré de consumo" e incompetencia territorial de oficio

III. 6.2.6. Pagaré de consumo: hay que cumplir “en serio” con el art. 36 de la LDC

III. 6.2.7. Si hay relación de consumo, la letra hipotecaria se ejecuta ante el juez del domicilio real del consumidor

III. 6.2.8. Los títulos de crédito y la noción de situación jurídica abusiva en el CCC

III. 7. El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el “choque” de principios constitucionales

III. 7.1. Introducción

III. 7.2. Junín: El caso del secuestro prendario

III.7.3. El voto mayoritario de la Alzada (postura “pro consumidor”)

III. 7.4. El voto en disidencia (postura “pro acreedor”)

III. 7.5. Azul: Plenario sobre el pagaré de consumo

III. 7.6. El voto en minoría (postura “pro consumidor”)

III. 7.7. El voto mayoritario (postura “pro acreedor”)

III. 7.8. El dialogo de fuentes y las antinomias normativas

III. 7.9. El art. 42 de la CN y las lagunas axiológicas que provoca una normativa insatisfactoria

III. 7.10. Prenda con registro y art. 36 LDC: lo tuvo que decir la Corte Suprema

III. 7.11. La Corte Suprema y el secuestro prendario en la prenda con registro

III. 7.12. Los "ejecutantes en masa" y el art. 36 de la LDC: En esta ejecución se presume una relación de consumo

III. 7.13. SCBA: Luz verde para el “pagaré de consumo integrado”

III. 7.14. Pagaré de consumo: El que tenía que tener la información era el deudor

III. 7.15. “Pagaré de consumo integrado”: La SCBA reafirma su doctrina

III. 7.16. Título ejecutivo de consumo “defectuoso”: El juez lo interpretará a favor del consumidor

III. 7.17. El tema en el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor

III. 8. Los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial

III. 9. El CCC y el contrato de servicio de caja de seguridad

III. 10. El sobreendeudamiento y la función preventiva en el Código Civil y Comercial y en el Proyecto de ley de Defensa del Consumidor

III. 10.1. Introducción

III. 10.2. El principio de buena fe y el deber de prevención

III. 10.3. La acción preventiva

III. 10.4. La acción preventiva en casos de derechos de incidencia colectiva y el deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores"

III. 10.5. El fallo en análisis y el efecto erga omnes

III.10.6. Mandato preventivo

III.10.7. Los “prestamos responsables” y el sobreendeudamiento

III.10.8. La protección constitucional del derecho de propiedad del consumidor/ deudor

III. 10.9. Sobreendeudamiento de consumidor y lesión a la dignidad personal

III.10.10. El principio de préstamo responsable y la prevención del sobreendeudamiento

III. 10.11. Sanción a un banco por aprovechamiento de la necesidad de una persona vulnerable (supuesto de inducción específica al sobreendeudamiento)

III. 11. El derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor

III. 11.1. Introducción

III. 11.2. El derecho a no consumir

III. 11.3. Derecho a preservar la integridad patrimonial

III. 11.4. Derecho al ahorro

IV. Conclusiones

V. Bibliografía

Introducción

En Junio de 2018 comenzó la investigación "MARCO NORMATIVO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA", (Código de Proyecto: 800 201702 00026 UM), dirigida por el Dr. Jorge Oscar Rossi y con la participación de los investigadores, abogados Carlos Rodríguez Bustamante y Walter Mariani.

En el marco de esa Investigación (aprobada por la Universidad de Morón y la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires) se llevaron a cabo distintas reuniones de trabajo en las instalaciones de la Universidad de Morón, en las que participaron los integrantes del equipo de investigación.

Asimismo, se concretó la presentación de un documento, que informa los resultados de la primera etapa de investigación en la Jornada "el Abogado Investigador", realizada en el Colegio de Abogados de Morón el día 27 de Agosto de 2019.

II. Plan de Trabajo

II-1. Antecedentes del Tema

En la doctrina nacional, se pueden mencionar autores como Eduardo Barreira Delfino, Carlos Gerscovich, Horacio Bersten, Federico Alvarez Larrondo, Hugo Anchaval, Juan Farina, Francisco Junvent Bas, Carlos Hernandez, Ernesto Wayar y de quien se propone como Director de esta investigación, Dr. Jorge Oscar Rossi, cuyos principales trabajos se mencionan en el ítem correspondiente a la bibliografía. Los citados autores se ocuparon, entre otros temas, del régimen que surge de la ley 24.240, de Defensa de los Consumidores, en especial su art. 36, de la ley 25065, de Tarjeta de Crédito, de las disposiciones relativas a contratos bancarios que aparecen en los arts. 1378 a 1420 del

Código Civil y Comercial y de las disposiciones que constituyen la normativa de "Protección de los Usuarios de Servicios Financieros" dictada por el Banco Central de la República Argentina.

II-2. Justificación

La actual sociedad de consumo masivo de bienes y servicios se complementa con una economía de crédito, entendida ésta como un sistema de oferta de servicios financieros para:

a) posibilitar la adquisición de bienes y servicios (vgr. tarjeta de crédito, préstamos personales y con garantía, leasing, etc.)

b) posibilitar la inversión y el ahorro (vgr. depósitos bancarios en cajas de ahorro y plazos fijos, intermediación para compra de acciones y títulos públicos, fondos comunes de inversión, fideicomisos financieros, etc.)

La complejidad técnica de estas herramientas pone en situación de vulnerabilidad al usuario no profesional de las mismas, por lo que resulta necesaria una regulación normativa que, a la par que proteja a dicho usuario (que definiremos provisoriamente como "consumidor de servicios financieros"), no atente contra la creación de un mercado de capitales y la posibilidad de adquisición de los bienes y servicios necesarios para mantener y elevar la calidad de vida de los individuos, conforme a parámetros actuales.

Por lo anterior, surge necesario indagar como regula el tema el Derecho Positivo Argentino y a eso se dirige la presente investigación.

II-3. Marco teórico

Coincidimos con Nino en que "...la labor central de la teoría jurídica ...es...asistir sobre todo a los jueces en su cometido de alcanzar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias, aun en las situaciones en que el derecho positivo no ofrezca una solución unívoca. "[1]

Siguiendo a dicho autor, la presente investigación tiene un doble propósito:

1) Describir y sistematizar la normativa nacional en materia de protección del consumidor de servicios financieros.

2) Postular soluciones axiológicamente aceptables a fin de reformular dicha normativa en caso de observar su insuficiencia o indeterminación .

En una primera etapa, previo a intentar la aplicación del derecho, se definirá, a manera de glosario, los términos “consumidor”, “consumidor de servicios financieros”, “usuario profesional de servicios financieros”“consumo de servicios financieros”, “contrato de consumo de servicios financieros”, “cliente bancario”, “cliente de servicios financieros”, “endeudamiento del consumidor”, “inducción al endeudamiento”, “sobreendeudamiento”, “sobreendeudamiento activo y pasivo”, y “sobreendeudamiento de mala y buena fe”.

Una vez puesto en común los términos arriba mencionados, con esta tarea quedará delimitado el Universo del Discurso y las propiedades relevantes de los casos sujetos a estudio.

Posteriormente, la tarea consistirá en intentar aplicar el derecho, empezando por la aplicación de las reglas que surgen de la normativa nacional, a través de la subsunción de los casos en las mismas.

[1] Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2º edición ampliada y revisada, 17º reimpresión, Editorial Astrea, 2014, pag.344

Como siguiente paso, y de resultar necesario en base a los resultados que arroje el paso anterior (vgr. colisión de derechos iusfundamentales o existencia de lagunas axiológicas), se postulará una solución axiológicamente aceptable, en el sentido de "racionalmente justificada", a la materia objeto de la investigación.

Para ello, se analizará y doctrina, a la búsqueda de posibles "casos relevantes" o "paradigmáticos", reales o hipotéticos, que ayuden a resolver la eventual colisión de derechos iusfundamentales o existencia de lagunas axiológicas.

II-4. Objetivos

Objetivos Generales

a. Analizar el marco normativo aplicable al consumidor de servicios financieros en la República Argentina desde la fuente normativa, doctrinaria y jurisprudencial

b. Contribuir a proteger los derechos del consumidor de servicios financieros en la República Argentina mediante la adecuación de la norma vigente y la revisión jurisprudencial.

Objetivos Específicos

1) Determinar si la diferente terminología utilizada por la doctrina nacional obedece a la necesidad de describir distintos fenómenos o no.

2) Precisar en qué casos corresponde hablar de "consumidor de servicios financieros", para determinar el tratamiento doctrinario, jurisprudencial y normativo que se le da en la República Argentina.

3) Determinar si el “consumidor de servicios financieros” recibe en nuestro país un tratamiento doctrinario, jurisprudencial y normativo diferente al de otros usuarios de servicios financieros.

II-5. Formulación del Problema

Una de las características distintivas del Derecho del Consumidor es que se trata de una disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de desequilibrio sistémico, (en el sentido de “propio del sistema”).

Dicho de otra manera, esta disciplina se ocupa de la regulación de conductas en un sistema de producción y distribución masificado de bienes y servicios en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones.

Consideramos que esta desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo común y esperable. Por eso decimos que se trata de un "desequilibrio sistémico" (reiteramos, en el sentido de “un desequilibrio propio del sistema”).

En este sistema, en muchos casos, el futuro tomador de un contrato accede al mismo de la mano de intensas campañas publicitarias (en medios gráficos, televisivos y radiales) diseñadas, no para brindar información sobre el contrato, sino para generar en el público receptor un estado emocional inconsciente tendiente a que éste adopte la conducta querida por el emisor. Esta conducta es, obviamente, la celebración del contrato de que se trate.

En muchos casos la publicidad, más que informar, busca inducir una conducta.

Se busca generar temor por estar "fuera del Sistema" y, simultáneamente, deseo por ingresar al mismo y verse finalmente protegido, tranquilo y feliz. Se promocionan

prestaciones de altísima calidad y eficacia junto con un servicio profesional, experimentado y humano.

La publicidad inductiva va dirigida a exacerbar ese placer futuro que se obtendrá con el consumo y minimizar u ocultar la culpa o remordimiento que también se sentirá.

Esta sensación de ambivalencia (placer/culpa) es una de las manifestaciones del desnivel volitivo existente entre las partes (proveedor y consumidor), porque no se trata solo de que la voluntad del consumidor se encuentre afectada por falta de información y conocimiento para decidir.

Cuando hablamos de desnivel, queremos decir que la voluntad del consumidor transita por un nivel distinto a la del proveedor: Uno (el proveedor) arma cuidadosamente un negocio y otro (el consumidor) se debate entre satisfacer una necesidad y la culpa que eso le genera.

La situación de inducción al consumo, antes reseñada, conlleva, en muchos casos, una inducción a endeudarse y/o a invertir para posteriormente adquirir más bienes.

Lo anterior explicita los problemas que se pretenden abordar con la presente investigación, que pueden formularse con las siguientes preguntas:

a) La regulación normativa del consumo de servicios financieros en la República Argentina, ¿establece un diferente tratamiento para el consumidor de servicios financieros y el usuario profesional de servicios financieros?

b) La regulación normativa del consumo de servicios financieros en la República Argentina, ¿permite resolver la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el consumidor de servicios financieros?

c) ¿Cuál solución axiológicamente aceptable, en el sentido de “racionalmente justificada”, puede postularse para proteger al consumidor de servicios financieros, sin atentar contra la creación de un mercado de capitales y la posibilidad de adquisición de los bienes y servicios necesarios para mantener y elevar la calidad de vida de los individuos, conforme a parámetros actuales?

II-6. Hipótesis

* La inexistencia de un plexo normativo que regule sistematicamente al consumidor de servicios financieros dificulta la resolución de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra dicho sujeto.

* La inexistencia de un plexo normativo que regule sistematicamente al consumidor de servicios financieros dificulta la creación de un mercado de capitales y la posibilidad de adquisición de los bienes y servicios necesarios para mantener y elevar la calidad de vida de los consumidores de servicios financieros.

II-7. Metodología

Se utilizarán los métodos deductivo e inductivo.

El primero, basado en el relevamiento de la doctrina nacional, a fin de determinar las soluciones a las que arriban en el tema en estudio; y en el análisis de normativa vigente y proyectos referidos al tema de estudio.

El segundo método se aplicará al estudio de casos extraídos de la jurisprudencia nacional, buscando denominadores o causas comunes en la resolución de los mismos.

Como se expuso en el ítem referido al Marco teoríco, en una primera etapa,

previo a intentar la aplicación del derecho, se definirá, a manera de glosario, los términos “consumidor”, “consumidor de servicios financieros”, “usuario profesional de

servicios financieros", "consumo de servicios financieros", "contrato de consumo de servicios financieros", "cliente bancario", "cliente de servicios financieros", "endeudamiento del consumidor", "inducción al endeudamiento", "sobreendeudamiento", "sobreendeudamiento activo y pasivo", y "sobreendeudamiento de mala y buena fe".

Una vez puesto en común los términos arriba mencionados, con esta tarea quedará delimitado el Universo del Discurso y las propiedades relevantes de los casos sujetos a estudio.

Posteriormente, la tarea consistirá en intentar aplicar el derecho, empezando por la aplicación de las reglas que surgen de la normativa nacional, a través de la subsunción de los casos en las mismas.

Como siguiente paso, y de resultar necesario en base a los resultados que arroje el paso anterior (vgr. colisión de derechos iusfundamentales o existencia de lagunas axiológicas), se postulará una solución axiológicamente aceptable, en el sentido de "racionalmente justificada", a la materia objeto de la investigación.

Para ello, se analizará y doctrina, a la búsqueda de posibles "casos relevantes" o "paradigmáticos", reales o hipotéticos, que ayuden a resolver la eventual colisión de derechos iusfundamentales o existencia de lagunas axiológicas.

Para justificar racionalmente la solución propuesta, se utilizará el modelo "interpretativo – subsuntivo", predicado por autores como Juan Antonio García Amado, entre otros.

III. Informe Final

Sumario: 1. Introducción. 2. Puesta en común de conceptos. 3. Relaciones y contratos de consumo. Regulación jurídica. 4. El BCRA y las normas de “Protección de los Usuarios de Servicios Financieros”. 5. Caso de las cláusulas de “elección de proceso”: Los mutuos hipotecarios con “régimen especial de ejecución” y la invalidez de la renuncia anticipada de derechos por parte del consumidor (art. 37 LDC). 6. Los títulos de crédito y la ley 24.240. 7. El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el “choque” de principios constitucionales. 8. Los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial. 9. El CCC y el contrato de servicio de caja de seguridad. 10. El sobreendeudamiento y la función preventiva en el Código Civil y Comercial y en el Anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor. 11. Conclusiones.

III.1. Introducción

Señala Nino que *"...el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descripto por un observador externo sin tomar partido acerca de su valor moral"*[2].

Por lo anterior, *"(e)l sistema jurídico vigente en cierta sociedad puede ser identificado tomando solo en cuenta hechos empíricos, como, por ejemplo, el reconocimiento judicial de sus reglas, y sin asumir ninguna posición o hacer ninguna consideración acerca del valor o de la justicia de sus prescripciones*.[3]"

Esto está ligado a un concepto "descriptivo" de derecho, dónde se referencian los estándares reconocidos por los jueces. Un concepto "normativo" de derecho, en cambio, hace referencia a los estándares que los jueces "deberían" reconocer en sus sentencias[4].

---

[2] Nino, Carlos Santiago, “La Validez del derecho”, Editorial Astrea, 1º edición, 4º reimpresión, 2012, Buenos Aires, pag. 148.
[3] Nino, op. cit. pag. 146.
[4] Nino, op. cit pags. 165, 166

La puesta en común de conceptos que se realizará seguidamente, parte de un concepto "descriptivo" de derecho.

Por otro lado, siguiendo a Guastini, quien diferencia entre “definiciones informativas” y definiciones estipulativas”[5], luego de analizar los temas desde un punto de vista “descriptivo”, propondremos definiciones estipulativas de ciertos términos que se utilizarán a lo largo del presente informe.

III. 2. Puesta en común de conceptos

III. 2. 1. Definición de consumidor en el Derecho Argentino

III. 2.1.1. Introducción

Desde este punto de vista “descriptivo” y como primera medida, cabe precisar al sujeto de esta investigación: el “consumidor de servicios financieros” y para ello tenemos que empezar por adoptar una definición de consumidor.

El término “consumidor” tiene un significado técnico jurídico dado por nuestro ordenamiento jurídico y precisado por la doctrina y jurisprudencia.

A menudo se piensa en las categorías “consumidor” y “empresario” como estáticas y excluyentes.

Estáticas en el sentido de que alguien “sea” o, mejor dicho, “se comporte” *permanentemente* como consumidor o como empresario.

---

[5] "...(i) las definiciones informativas,...describen de qué forma la expresión definida es efectivamente usada por alguien (tipico ejemplo, las definiciones lexicales o lexicográficas que se encuentran en los diccionarios de un idioma, las cuales describen de qué forma o, más a menudo, de qué formas, una palabra es usada comúnmente por aquellos que hablan el idioma en cuestión);
(ii) las definiciones estipulativas, las cuales (a) proponen usar un término o sintagma preexistente de una forma nueva, (b) de una forma más precisa respecto al uso común, o (c) establecen cómo usar un término o sintagma recientemente acuñado." Guastini, Riccardo; "Teoría Analítica del Derecho", ZELA Grupo Editorial E.I.R.L., Perú, 1° edición, febrero 2017, pags. 23 y sgtes.

Excluyente, en el sentido de que se tiene que ser una cosa o la otra.

Por su parte, el art. 1 de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, (en adelante, LDC), luego de las modificaciones realizadas por las leyes 26.361 y 26.994, considera 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."

En igual sentido se expide, el art. 1092 del Código Civil y Comercial (CCC), con redacción prácticamente idéntica:

"…Se considera consumidor a la persona humana 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…"

Comparado con la redacción original de la LDC, estos textos (y la supresión, por parte de la ley 26.361, de un párrafo en el art. 2 LDC[6]), amplían notablemente el concepto de consumidor, incluyendo, por ejemplo, el caso de quien adquiere un vehículo y luego lo usa para fletes o servicio de remis. Lo importante es que adquirió el rodado como destinatario final, es decir, como un bien de uso (no para revenderlo)

Así, al "nuevo" art 1º de la LDC es más aplicable aún el comentario de Farina, cuando se refería al art. 1º en su versión original: *"*El art. 1º, al describir qué entiende por consumidor o usuario, tiene en cuenta el destino final de los bienes o servicios adquiridos, pero no exige de ningún modo que este destino final sea servir como alimento, vestimenta, medicina o cualquier efecto para ser utilizado en forma personal exclusivamente."[7]

[6] Dicho párrafo establecía que "No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros."
[7]Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ra ed., Ed. Astrea, Bs. As. 2004, pág. 55.

Obviamente, esa misma persona que en la compraventa dada como ejemplo tuvo carácter de consumidor, puede ser proveedor en los contratos que haga con las personas que transporte (caso del remis) o cuyas cosas transporte (caso del flete). En esos casos será proveedor si desarrolla esas actividades de manera profesional (conf. art. 2 LDC). Es decir, el carácter de proveedor o consumidor dependerá de la existencia de una relación de consumo **y** *del lugar que ocupe en esa relación*.[8]

El carácter de consumidor es un rol jurídico, que se predica frente a determinados sujetos. Igual que alguien puede ser simultáneamente padre e hijo, respecto de distintas personas, alguien puede ser consumidor y proveedor, también respecto de distintas personas.

Cabe destacar que la anterior opinión dista de ser pacifica, pues pueden observarse dos posturas bien diferenciadas en la doctrina y la jurisprudencia.[9] La reforma de la LDC en el año 2008 podría haber acabado con la discusión, pero ya veremos que eso no ocurrió.

Una postura se basa en la aplicación de un párrafo del viejo art. 2º LDC, es decir, el texto anterior a su reforma por la ley 26.361:

"No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros." (el subrayado es nuestro)

Tómese como ejemplo una sociedad anónima, que tiene por objeto social realizar construcciones civiles, y que compra un automóvil para utilizarlo en su proceso de producción. Lo usa para supervisar las obras y visitar a proveedores. No es que lo utilice

[8]En el fallo de autos "Frávega S.A.C.I. E I. en J° 144.304/8749 Sellanes, Elian c/ FRÁVEGA S.A.C.I.E. I. P/ ORD. S/ INC. CAS.", (CSJ DE MENDOZA - SALA I - 12/10/2006), se pueden observar los planteos que generaba la anterior redacción de los arts. 1º y 2º de la LDC, así como las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto, y la situación en el Derecho Comparado.

[9] Una reseña del estado actual de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia nacional puede encontrarse en PERAL, Santiago J., "La controvertida aplicación de la noción de consumidor a las sociedades comerciales", Revista Argentina de Derecho Societario, Número 10 - Febrero 2015, Fecha: 23-02-2015, Cita online: IJ-LXXVI-631

como materia prima, sino que lo utiliza como “bien de capital”, como una maquina más de las que usa. Pero usar el auto para “supervisar las obras y visitar a proveedores” sería parte de su actividad empresarial. Por tanto, no sería consumidor.[10]

En cambio, los que sostienen la postura contraria, parten de la base de que el art. 1º LDC dice que pueden ser consumidores las personas jurídicas (lo que incluye una sociedad) que contraten para su beneficio propio.

Ahora bien, ¿qué ejemplos de contratos para beneficio propio de una sociedad se pueden dar? Dicho de otra manera ¿cuál es el “beneficio propio” de una persona jurídica? Una persona física puede comprar un auto para pasear y/o usarlo con su familia y sus amigos, puede comprar fideos para comerlos y alquilar un video para entretenerse, puede alquilar una bicicleta para hacer deporte, etc. En cambio, nada de eso es imaginable en una persona jurídica.

Las personas jurídicas existen para cumplir el objeto para el que fueron creadas.

En el caso de las sociedades, existen para cumplir con el objeto social. En el ejemplo de la sociedad anónima antes citado, parece que su objeto social es la construcción de inmuebles. Los bienes que adquiera, los adquiere para poder cumplir ese objeto social. Todas esas adquisiciones, para esta postura, son en beneficio propio. Si no se lo entiende así, en la práctica, las personas jurídicas no serían consumidores, salvo que contraten para beneficio o consumo final de su grupo social (arg. art. 1º LDC, entendiendo por grupo social a sus socios y empleados. Aquí el automóvil no se compró para regalarlo a sus empleados ni para prestárselos para que paseen, lo que sería un beneficio de los empleados, sino que se compró para que los empleados trabajen con él)

[10] Como ejemplo de esta postura, en autos “Las Lunitas SRL c/ La Mercantil Andina SA s/ Ord.”. (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, 12/09/08), se desestimó la pretensión del actor de aplicar en la especie el plazo prescriptivo establecido en el art. 50 de la Ley de defensa del consumidor. Para los jueces, “en el sub lite se encuentra acreditado que la actora daba "uso comercial" al vehículo asegurado…, en tanto se hallaba destinado al transporte, y así se consignó en la póliza respectiva.” Es decir, que en el caso, no se consideró que el contrato de seguro fuera un contrato de consumo, por lo que se rechazó la demanda por cobro de un contrato de seguro que cubría el riesgo de destrucción total sobre el automotor de la actora, puesto que desde el acaecimiento del siniestro hasta la promoción de la demanda transcurrió el plazo estipulado en el artículo 58 de la Ley 17.418.

Para esta segunda postura, el artículo 2º en su texto original se interpretaba en sentido restrictivo: la persona jurídica no sería consumidora solo si utiliza el bien adquirido como materia prima (lo transforma), o, sin transformarlo, lo revende o lo alquila. Dicho en otras palabras, no sería consumidora si adquirió el bien para intercambio. Si adquirió el bien para uso, sería consumidora. Es decir, si es bien de uso, hay destino final y es acto de consumo, si es bien de cambio, no hay destino final y no hay acto de consumo.[11]

Siguiendo esta postura, (aunque con poca fundamentación) es que en el caso *"*Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro*"* [12], dice la vocal preopinante, Dra. Miguez, que *"La ley 24240 de Defensa del Consumidor es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial -en el caso, traslado de sus miembros y empleados-, pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien..".* (la cursiva es nuestra)

Dicho de otra manera, lo considera un "bien de uso", una adquisición para consumo final o beneficio propio de la persona jurídica.

Por eso, en otra parte del fallo, señala: *"Resulta en cambio relevante, como ha quedado expresado, que el propósito final no lo constituya disponer del bien o del servicio con carácter profesional, o sea, comercializarlo, tal como lo obtuvo o transformado."*

Por nuestra parte, sostenemos esta segunda postura.

Es más, de lege ferenda, pensamos que el destino del bien o servicio es secundario y que, en cambio, la existencia de desigualdad negocial es lo que amerita protección para una de las partes, y no el uso que le va a dar al bien o servicio. Recíprocamente, la inexistencia

---

[11] Este concepto de "si es bien de uso, hay destino final y es acto de consumo, si es bien de cambio, no hay destino final y no hay acto de consumo", que adoptamos, no nos pertenece, sino que nos lo proporcionó nuestro amigo y destacado jurista, el Dr. Eduardo Barreira Delfino, en un intercambio de mails referido a este tema.

[12] *"*Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro*"*, (C. Nac. Com., sala A, 21/11/2000)

de desigualdad negocial es lo que debe generar que ninguna parte requiera especial protección, más allá del uso que una de ellas le va a dar al bien o servicio.

Con la actual redacción, la LDC se enfoca más en el problema de fondo de esta cuestión, que no es para qué usa el bien o servicio el adquirente sino el hecho de que en esta contratación una parte (el proveedor) es un especialista en la materia y la otra (el consumidor) no lo es, lo que genera una presunción de desigualdad a la hora de negociar y celebrar el contrato, desigualdad que acarrea el peligro de cláusulas y/o prácticas abusivas por parte de la "parte fuerte" del contrato (o, en un sentido más abarcativo, de la relación de consumo).

Siguiendo con el tema, debemos diferenciar dos situaciones que, si bien pueden superponerse, son distintas:

1) La persona jurídica consumidora

2) El empresario (persona humana o jurídica) consumidor.

El primer caso está expresamente previsto en la LDC, si bien, como vimos, la doctrina discrepa intensamente sobre sus alcances.

El segundo caso no está expresamente previsto en la LDC y la doctrina discute la existencia de esta categoría.

En otras palabras, como vimos, nadie duda que la persona jurídica puede ser consumidor, lo que se debate es en qué casos.

En cambio, no hay acuerdo acerca de si un empresario[13], persona humana o jurídica, pueda ser considerado consumidor.[14]

[13] Usamos la expresión "empresario" en el sentido de "titular de la empresa", entendiendo a la empresa como aquella organización de bienes y servicios para la producción de bienes o servicios (Ya Isaac Halperin, en su Curso de Derecho Comercial, Edit. Depalma, Vol. I, pág. 76, 6º reimpresión, 1982, daba esta definición de

Podría decirse, a riesgo de simplificar demasiado la cuestión, que para algunos la persona jurídica solo puede ser consumidora, en tanto no sea empresario. Va de suyo que, para esta posición, el empresario no puede ser consumidor.

En cambio, otros entienden, a veces implícitamente, que el empresario, persona humana o jurídica, puede realizar dos tipos de actos, que podríamos denominar:

1) actos de consumo

2) actos de empresa

En el primer caso (empresario que realiza un "acto de consumo") sería consumidor, en el segundo (empresario que realiza un "acto de empresa"), no.

Ahora bien, tomando como ejemplo un caso resuelto por la jurisprudencia nacional[15], el propietario de la fábrica y distribuidora de helados, al adquirir de Edenor el servicio de energía eléctrica, ¿estaría haciendo un acto de consumo o un acto de empresa?

"empresa mercantil", agregando que la misma tiene un "fin económico". Este autor seguía los lineamientos de la doctrina italiana surgida en torno al Código Civil de 1942.)

[14] Dante Rusconi proporciona varios ejemplos jurisprudenciales donde, en casos similares, nuestros tribunales aceptaron y rechazaron la calificación de consumidores a personas humanas o jurídicas que realizaban actividad empresarial (vgr. empresa de venta de computadoras que contrató un servicio de alarmas para su local comercial, o persona humana que adquirió un vehículo que usa como taxi). Ver Rusconi, Dante, "Consumidores y proveedores alcanzados por la legislación de defensa del consumidor". Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores y usuarios, Alegría Héctor - Mosset Iturraspe, Jorge (directores), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 331 y ss.

[15] "ACHILLI DIEGO ROBERTO Y OTRO C/ EDENOR S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 21/09/15. En el mismo, el Tribunal, confirmó la sentencia que condenó a Edenor a indemnizar a los actores, por sí y en calidad de socios de una sociedad de hecho propietaria de una fábrica y distribuidora de helados, por los perjuicios sufridos con ocasión de un corte de suministro que duró 48 horas.
El Tribunal, aplicando la ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, destacó que la obligación a cargo de la empresa prestadora de un servicio público es "de resultado", por lo que, para eximirse de responsabilidad, era Edenor quien debía haber acreditado caso fortuito, hecho de un tercero ajeno o hecho del damnificado. El caso fue comentado por el suscripto en Rossi, Jorge Oscar, "El consumidor/empresario frente al prestador de servicios públicos", en "Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor", Agosto 2016. Erreius.

Si entendemos que el propietario de la fábrica y distribuidora de helados adquiere energía eléctrica para usarla, es decir, como destino final y sin intención de "lucrar con su enajenación", se trataría de un acto de consumo.

Si, en cambio, entendemos que el propietario de la fábrica y distribuidora de helados adquiere energía eléctrica para integrarla en su procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros[16] (la usa para hacer y conservar los helados), diríamos que se trata de un acto de empresa.

Por nuestra parte, no dudamos en enrolarnos en la postura que considera que se trata de un acto de consumo y, por ende, coincidimos plenamente con la solución del caso en análisis.

Sin embargo, pensamos que el enfoque "finalista" (es decir, por el destino del bien o servicio) es insatisfactorio y no dejará de suscitar debates inacabables.

Insistimos, el problema no es "para qué" se usa el bien y, mucho menos, si el consumidor es persona humana, jurídica, empresario o no empresario.

Permítasenos un juego de palabras: El consumidor no merece protección especial porque "sea" consumidor (es decir, porque se limita a usar la energía eléctrica para iluminar su casa). Merece protección especial porque, frente a Edenor, está en absoluta desigualdad negocial.

Y, a la inversa, el empresario no es un "fuerte jurídico"[17] porque "sea" empresario (o sea, porque usa la energía eléctrica en el contexto de una organización de bienes y servicios destinada a producir bienes o servicios, por ejemplo, helados). Será "fuerte jurídico" cuando frente a Edenor, esté en absoluta igualdad negocial (o en superioridad).

---

[16] Un concepto que, como expresamos, antes estaba explicitado en el segundo párrafo del art. 2 LDC y desapareció con la reforma de la ley 26.361 pero que, sin embargo, subsiste en la doctrina y jurisprudencia.
[17] Por oposición a la noción de débil jurídico.

En cambio, merece protección especial cuando, frente a Edenor, esté en absoluta desigualdad negocial, como es en el caso de autos.

Y no importa que sea persona jurídica o humana. Dicho de otra manera, ser persona jurídica o humana no confiere, per se, mayor fuerza o debilidad a la hora de negociar y de hacer valer los derechos.

La LDC (y ahora también el CCC) parten de una presunción: quienes adquieren o utilizan, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social son **vulnerables.**

¿Por qué son vulnerables?: Porque la experiencia indica que, por lo general, estas personas no son especialistas en la materia de los bienes o servicios que adquieren para consumir o usar y, además, que no tienen tiempo y/o medios para hacerse asesorar adecuadamente por terceros y, como si fuera poco, porque generalmente, tampoco tienen mucha libertad de elección a la hora de adquirir esos bienes o servicios.[18]

Podría argüirse que la concepción de empresario/consumidor posibilita que una persona, humana o jurídica, adopte el rol de consumidor o empresario según lo que le convenga: consumidor para la aplicación de la LDC y empresario a la hora de reclamar una

[18] En Brasil, el tema está en pleno debate. Júlio Moraes Oliveira explica que allí se habla de una postura "maximalista", que apunta a una noción "objetiva" de consumidor, donde lo que importa es que el adquirente del bien o servicio lo haya retirado de la cadena de comercialización, sin importar el uso que le dé y, por otro lado, de una postura "finalista", donde el consumidor es quien adquiere el producto o servicio para el consumo personal o familiar sin reutilizarla en la cadena de producción u organización profesional. Es pues, un sujeto no profesional que, valga la redundancia, no va a utilizar el bien o servicio para un uso profesional. También existe una tendencia intermedia, que puede denominarse como "finalista mitigada o moderada", que admite excepcionalmente la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores a las personas jurídicas.
Por ejemplo, El Tribunal Supremo de Brasil ha admitido la mitigación de la teoría finalista para permitir la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en casos donde la parte (persona humana o jurídica) a pesar de no ser destinataria final del producto o servicio, presenta una situación de vulnerabilidad. Moraes Oliveira, Júlio, “A visão do STJ sobre a vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora”. Disponible, en portugués, en Internet: http://www.atualizacaocdc.com/2016/04/a-visao-do-stj-sobre-vulnerabilidade-da.html (Consultado el 25/05/20)

indemnización en concepto de pérdidas de materias primas, pérdidas de productos intermedios y pérdidas por mayores costos laborales[19].

Sin embargo, pensamos que no hay tal dicotomía: la actora es consumidor y empresario, como se puede ser consumidor y persona humana o consumidor y persona jurídica o consumidor y millonario[20]. El servicio de energía eléctrica que se utilice, por ejemplo, para la fabricación y comercialización de helados no hace perder el carácter de consumidor, pues dicho servicio fue adquirido por un no profesional del mismo y se usaba como destinatario final, en beneficio propio.

En este caso, el adquirente del servicio público era un *vulnerable*, en el sentido de "débil jurídico negocial", porque, como se dijo ut supra, no es especialista respecto del servicio adquirido ni tiene libertad de elección a la hora de adquirir dicho servicio, dada la condición monopólica del prestador, además de no haber podido negociar cláusulas contractuales.

Para finalizar, pensamos que, si bien en forma confusa, el CCC constituye un importante avance a la hora de proteger a los débiles jurídicos negociales, es decir, a aquellos sujetos que se encuentran en inferioridad de condiciones a la hora de negociar y ejecutar un contrato.

En forma confusa, porque no se nos escapa que, mientras que según el art. 1092 CCC, el consumidor "*adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.",* por otra parte, al definir el "contrato de consumo", el art. 1093 prescribe que el consumidor adquiere los bienes o servicios *"para su uso privado, familiar o social".*

[19] Como sucedió, con decisión favorable del Tribunal, en el caso "ACHILLI DIEGO ROBERTO Y OTRO C/ EDENOR S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", ut supra mencionado.
[20] El prejuicio de asociar "consumidor" con "persona humana de clase media que compra cosas" está fuertemente arraigado en nuestra cultura, aunque carece de base normativa, dado que la definición legal es mucho más amplia, como estuvimos viendo.

Nos preguntamos: Adquirir o utilizar bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio (conf. art. 1092), ¿es lo mismo que hacerlo "para su uso privado"? (conf. art. 1093)

Suponemos que sí, porque no cabe pensar que el legislador establezca dos definiciones distintas de consumidor en dos artículos sucesivos. En ese caso, ¿Qué significa "uso privado"?

Cabe pensar que con esta expresión, el CCC busca afirmar el concepto restrictivo de consumidor, limitándolo a los casos donde se adquiera el bien o servicio sin finalidad de posterior explotación comercial, o como también se dice, sin *"reingresarla al mercado".* *"*Uso privado" sería entonces equivalente a "uso no comercial".

Sin embargo, para el caso de duda, como ya vimos, el propio CCC establece un criterio específico de interpretación en el art. 1094, que se puede desglosar en dos supuestos:

a) En caso de duda sobre la interpretación de este Código, prevalece la más favorable al consumidor.

b) En caso de duda sobre la interpretación de las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

La interpretación más favorable será la que otorgue un mayor campo protectorio, es decir, la que amplié el concepto de consumidor, por lo que cabe interpretar que la expresión *"uso privado, familiar o social",* del art. 1093 no es más restrictiva sino por lo menos equivalente a "como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social", del art. 1092, expresión que, dicho sea de paso, es idéntica a la del art. 1° de la LDC, norma especial de orden público que debe prevalecer sobre el CCC, en caso de ser más favorable (arg. conf. art. 963, inc. a) y 1094 CCC).

Por otro lado, donde el CCC decididamente constituye un importante avance a la hora de proteger a los débiles jurídicos negociales, es al regular los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989).

Son aquellos "mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción." (conf. art. 984 CCC)

En esta categoría de contratos, la autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del predisponente.

En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se protege al adherente, **sea o no sea consumidor.** Lo que importa es la forma de contratación.

Es la **modalidad** de contratación la que pone al adherente (que, por ejemplo, puede ser un pequeño empresario) en situación de debilidad.

Tenemos pues que el CCC busca proteger dos categorías de débiles jurídicos negociales: el consumidor y el adherente. Pensamos que la tendencia es que ambos sujetos protegidos terminen teniendo el mismo marco jurídico[21].

Logrado ello, tal vez, terminemos el, a nuestro juicio, inconducente debate relativo a "para qué" se adquieren los bienes y servicios en un supuesto caso y nos centremos en analizar la existencia o no de desequilibrio negocial en dicho caso. Con esto, enfocaremos nuestro análisis en un "parámetro objetivo de vulnerabilidad", si se nos permite la expresión y, más que proteger "consumidores", nos ocuparemos de la regulación del consumo masivo de bienes y servicios.

[21] Por ejemplo, esto se observa ahora, en forma parcial, en materia de cláusulas abusivas, dado que los arts. 985, 986, 987 y 988 son aplicables a los contratos celebrados por adhesión y, por remisión efectuada por el art. 1117, a los contratos de consumo.

Por otro lado, como se verá más adelante al tratar la relación de consumo, el concepto de consumidor no se reduce a la persona que "adquiere" un bien o servicio, sino que el régimen protectorio se extiende a situaciones previas a la adquisición de un bien o servicio o, incluso, aunque no se concrete ninguna adquisición.

Dicho de otra manera, los derechos que tiene el consumidor, (a la salud, seguridad, protección de sus intereses económicos, información; libertad de elección, y condiciones de trato equitativo y digno), *no los tiene por haber hecho un contrato con el proveedor*, sino que *los tiene por el mero hecho de haber entablado una relación de consumo con este* (arg. conf. arts. 42 CN y 3º LDC). Ni la Constitución Nacional ni la LDC nos dicen expresamente cuando empieza y cuando termina la relación de consumo, pero los distintos artículos de la LDC (vgr. 4, 5, 7, 8, 8bis, 19, etc) nos permiten inferirlo. Por ejemplo, el consumidor tiene derecho a ser informado antes de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo.

En cuanto al CCC, de la lectura del art. 1096 y sgtes, surge que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, referidas a los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, libertad de contratar, información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad, son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no. Es decir, que no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta sino también a los consumidores potenciales o indeterminados.

III. 2.1.2. Definición postulada

Se postula la siguiente definición:

Consumidor es aquella persona humana o jurídica que adquiere de un profesional, a cualquier título, bienes o servicios destinados a uso, o a quien un profesional le dirige una

oferta o publicidad de bienes o servicios destinados a uso. No será considerado consumidor si la otra parte demostraré que aquel no se encontraba en condiciones de debilidad negocial.

III. 2.2. Usuario de servicios financieros y proveedor de servicios financieros

Partimos en la puesta en común de los conceptos de *usuario de servicios financieros* y *proveedor de servicios financieros,* analizando las definiciones que surgen de la COMUNICACIÓN "A" 5460, del Banco Central de la República Argentina, titulada "PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS- MODIFICACIONES", que se verá en detalle infra.

Así, esta define en el punto 1.1.1. al *Usuario de servicios financieros* de la siguiente manera:

"A los efectos de la presente reglamentación, este concepto comprende a las personas humanas y jurídicas ***que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2., como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos.***

Forman también parte de esta categoría ***los deudores de créditos cedidos por las entidades financieras*** *comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, independientemente de que hayan o no sido notificados fehacientemente de la transferencia de su obligación,* ***así como los deudores de créditos adquiridos por entidades financieras por cesión****."*

Como primera observación, la definición del primer párrafo es muy similar al concepto de consumidor que tenía la ley 24.240, de Defensa del Consumidor (LDC), en su art. 1°, según texto de la ley 26.361:

"Artículo 1º: Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica

que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo."[22]

El concepto de *Usuario de servicios financieros* incluye entonces:

a) a personas físicas o jurídicas

b) que hagan uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados o

c) que inicialmente se obligaron con entidades financieras que posteriormente cedieron sus créditos a entidades no financieras o

d) que inicialmente se obligaron con entidades no financieras que posteriormente cedieron sus créditos a entidades financieras, siempre que

e) dicho uso de los servicios lo sea en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales y, además de lo anterior

f) también se considera usuario de servicios financieros a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2. de la COMUNICACIÓN "A" 5460, del Banco Central de la República Argentina.

[22] Posteriormente, por la ley 26994, se eliminó la parte que establecía "y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo". En la actualidad, los textos de los arts. 1 LDC y 1092 del Código Civil y Comercial adoptan idénticas definiciones de consumidor.

El punto f) obliga a detenernos, a su vez, en dos conceptos: 1) **"sujetos obligados"** por la COMUNICACIÓN "A" 5460 y 2) **relación de consumo.**

En cuanto a los sujetos obligados, el ya varias veces citado punto 1.1.2. prescribe:

"Sujetos obligados.

1.1.2.1. ***Entidades financieras****.*

1.1.2.2. ***Operadores de cambio****, por las operaciones comprendidas en las normas sobre "Exterior y cambios".*

1.1.2.3. ***Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras****.*

1.1.2.4. ***Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito****.*

Cuando un tercero desarrolle tareas relativas a servicios ofrecidos por los sujetos obligados o en su nombre, ambos serán responsables por el cumplimiento de las presentes normas. Lo anterior deberá establecerse en los instrumentos que acuerden la realización de dichas tareas."

Para continuar definiendo el tema, corresponde realizar las siguientes precisiones:

1) el usuario de servicios financieros, es no solo **el que recibe financiamiento**, sino **el inversor**[23], siempre que:

a) lo haga de manera **no profesional**

b) realice la actividad como destinatario final (es decir, en beneficio propio o de su grupo social o familiar) y

c) su contraparte sea un profesional

[23] Dado que ambos hacen uso de los servicios ofrecidos por los "sujetos obligados" (arg. conf. punto 1.1.1 COMUNICACIÓN "A" 5460, del BCRA, art. 1 LDC, 1092 CCC, 1 inc b) ley 26.831 y 42 de la Constitución Nacional, en cuanto refiere a la protección de los intereses económicos de los consumidores.

Por otro lado, y más allá del campo de aplicación de la COMUNICACIÓN “A” 5460, del Banco Central de la República Argentina, nos encontramos con los supuestos contemplados en el art. 36 LDC, que incluyen y amplían los supuestos contemplados en dicha Comunicación.

Como se verá en el punto **III.3.4.2.** la norma busca abarcar tanto la hipótesis de que quien financie sea el propio proveedor de un bien o servicio, o un tercero.

Así, a mero título ejemplificativo, el artículo es aplicable a mutuos (bancarios o no) destinados a financiar la adquisición de “bienes o servicios” (para usar la terminología del art 1º LDC) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Aquí, el que financia es un tercero, no quien ofrece el bien o servicio.

En definitiva, el servicio financiero se instrumenta jurídicamente mediante contratos y/o actos jurídicos cuya finalidad es posibilitar al consumidor contar con los medios necesarios para adquirir un bien o servicio. Esto puede lograrse, sea facilitándole una suma de dinero para la adquisición de contado del bien o servicio (caso de un mutuo), sea entregándole el bien o servicio y cobrándoselo en forma diferida o fraccionada (caso de la “venta a crédito”, por ejemplo)

Se postula la siguiente definición:

Consumidor o usuario de servicios financieros es aquella persona humana o jurídica que adquiere de un profesional, a cualquier título, bienes o servicios destinados a uso, o a quien un profesional le dirige una oferta o publicidad de servicios financieros destinados a uso. No será considerado consumidor si la otra parte demostraré que aquel no se encontraba en condiciones de debilidad negocial.

III. 2.3. El concepto de usuario de servicios financieros en la jurisprudencia

El caso “Camderros”

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, revocó la sentencia impugnada y dispuso que *"(l)a causa se remitirá a la instancia ordinaria a efectos de que se dicte nuevo pronunciamiento, incluyendo como base normativa para la resolución del caso la de la ley del consumidor 24.240 (T.O.) de conformidad con las pautas expresadas en el voto mayoritario."*

Así lo dispuso en **"Camderros, Lidia Marta y otros contra Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros. Daños y perjuicios"** (SCBA, 29/11/17).

Las actoras, clientas del Banco Francés, aceptaron la oferta de dicha institución para invertir en su fondo común de inversión (FCI). Ahora reclaman resarcimiento por los daños y perjuicios que alegan haber sufrido con motivo del incumplimiento contractual de las demandadas por administración negligente o dolosa. En primera y segunda instancia se les rechazó la demanda, por lo que interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Resulta de especial interés el voto del ministro de Lázzari, al que adhieren Kohan, Carral y Negri, este último por sus fundamentos.

Entre otros conceptos, de Lázzari destaca que *"(d)e las transcripciones precedentes queda en claro que para la Cámara la relación que vincula a las partes se encuadra en los parámetros previstos por la ley 24.240, pero no está regida por las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor. Tenemos a la vista estrepitosa quiebra de los principios lógicos de identidad y de no contradicción."*

Para mayor claridad, lo que señala el ministro es lo siguiente:

* Al tiempo de definir la cuestión de competencia, la Cámara expresa que "*resulta fácil concluir que estamos frente un contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas y que como tal debe ser interpretado al amparo de los principios rectores de la legislación mencionada; esto es, en el sentido más favorable al consumidor (conf. art. 3 de la Ley 24.240; Cám. Civ. Com. II de La Plata, Sala II, causa 100.347, RSD- 58-03, del 1-4-2003), receptando de esta manera el principio del 'favor debilis'"*, y por tal razón, declara nula la cláusula inserta en el contrato de adhesión que establecía la jurisdicción arbitral.

* Luego, la misma Cámara considera *que "las actoras acercan su perfil negocial más al de inversionistas que al de consumidores" y a continuación tratan el caso "en función de normativa común ajena al derecho de los consumidores"*.

"Y no se diga", advierte de Lázzari, *"que en la primera oportunidad la precisión tuvo que ver con la adjudicación de competencia y no con el fondo del litigio. El marco legal que rige la controversia es uno e inescindible, resultando impensable que se opte por un determinado régimen para una parcela del vínculo, y otro distinto para el resto"*, agrega el ministro.

En ese sentido, *"...a partir de la instalación del caso en el sistema de protección al consumidor se generaron expectativas claramente diversas de las que podrían emerger de otro marco legal, en orden a presunciones, cargas probatorias, deberes de información y un sinnúmero de alternativas desde la perspectiva procesal que quedaron incorporadas definitivamente. La ruptura intempestiva importó, en consecuencia, clara afectación del derecho de defensa garantizado constitucionalmente."*

Además, el magistrado destaca que *"(s)e verifica un robustecimiento del concepto de consumidor desde la reforma constitucional de 1994 y su art. 42, siguiendo por el decreto 677/01, pasando por la reforma de la ley 24.240 por ley 26.361* ***y llegando a la ley 26.831 que regula el mercado de capitales. Esta última, en su art. 1 inc. "B" refiere a "Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños***

inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor...*"* (la negrita es nuestra)

En el caso concreto, *"(d)ebe diferenciarse, por razones de contexto y circunstancias,* ***al inversor minorista de los inversores institucionales, que resultan profesionales de la inversión.*** *Pretender que las actoras, personas de la tercera edad, vecinas de La Plata y Berisso, clientas del Banco Francés que invirtieran parte de sus ahorros (USD 32.000 y USD 40.000 una y otra) se identifiquen con los inversores profesionales, asiduos e institucionales, cuanto menos resulta excesivo..."* (la negrita es nuestra)

Así, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y se dispone que *"(l)a causa se remitirá a la instancia ordinaria a efectos de que se dicte nuevo pronunciamiento, incluyendo como base normativa para la resolución del caso la de la ley del consumidor 24.240 (T.O.) de conformidad con las pautas expresadas en el voto mayoritario."*

III. 2. 4. Usuario profesional de servicios financieros

El usuario profesional de servicios financieros es aquella persona humana o jurídica que en forma profesional hace uso de los servicios financieros ofrecidos por entidades financieras, operadores de cambio, fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras, empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra u otras personas humanas o jurídicas. La profesionalidad está dada por la experticia.

III. 2.5. Quid del concepto de consumidor a la hora de analizar la legitimación de las asociaciones de consumidores

El fallo dictado en autos ***"CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL PARA SU DEFENSA c/ NUEVO BANCO DE ENTRE RÍOS S.A. s/ ORDINARIO",*** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, (18/10/10), es interesante por dos cuestiones:

1) Para repasar el tema de la **ampliación del concepto de consumidor**, luego de la reforma de la ley 26.361; y las dudas que aparecen en torno a sus límites. En especial, cuando se analiza, en un caso concreto, **si una persona jurídica** (vgr. una sociedad anónima) es consumidor.

2) El concepto de acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos y **los problemas procesales** que genera la implementación de este tipo de acciones, ante el actual déficit normativo.

En la resolución se decidió revocar la sentencia en estudio en cuanto negó legitimación activa a la actora y, por otro lado, admitir parcialmente la "petición subsidiaria" articulada por el Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. y, en consecuencia, **restringir el grupo o clase involucrada en esta acción a las personas físicas y las jurídicas de carácter no comercial** que contrataron descuentos con la demandada. A su vez, admitir parcialmente la excepción de prescripción, y reducir a cuatro años contados desde la fecha de inicio de esta demanda, el período a revisar en este pleito.

Para llegar a esta conclusión, el vocal preopinante, Dr. Vasallo, formuló una extensa argumentación en el punto III e) de su voto, que nos permitimos transcribir parcialmente:

** "e) El Banco demandado, luego de deducir la excepción de falta de legitimación activa que acabo de considerar',* ***articuló, como petición subsidiaria…, que en caso de ser desechada la defensa previa, sea acotado el grupo o clase involucrado en esta litis a las "personas físicas" que concertaron con la demandada operaciones de descuento de cheques o facturas, al postular que las personas jurídicas no pueden ser calificadas como usuarios o consumidores****. Al contestar esta petición subsidiaria, la actora destacó que en su escrito de demanda ya había restringido el grupo, en lo que hace a las personas jurídicas,* ***pues dijo que sólo quedaban abarcadas por el conflicto aquéllas que "...hayan utilizado el sistema de descuento con el banco demandado, en tanto formalicen el contrato con la demandada cuyo resultado final fuera cubrir sus propias necesidades económicas"."***(la negrita y el subrayado es nuestro)

** "La reforma de la ley de Defensa del Consumidor dispuesta por la ley 26.361* ***amplió el concepto de "usuario o consumidor"*** *al considerar como tal ". . .a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. ..".*

A su vez ***derogó el segundo párrafo del artículo 2 original que restringía el concepto*** *en tanto descartaba tal calidad a ". . .quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en « _ procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a " .terceros".* ***La actual redacción. orienta nítidamente tanto el concepto de consumidor como el de usuario a su calidad de destinatario final del bien adquirido o el servicio recibido. Pauta que también es utilizada por el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, que en su artículo segundo dispone que "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final".***

Resulta objetivamente claro, entonces, ***que las personas jurídicas pueden ser calificadas como consumidores****. Así ha sido precisado por la ley, tanto en su actual redacción como en la anterior, que en su artículo primero indicaba como tal tanto a las "personas físicas'' como a las "personas jurídicas". ' Pero para que tal calidad pueda ser otorgada en los hechos, tanto el texto original de la norma como su redacción actual,* ***requiere que tanto la persona física como la jurídica, adquiera o utilice "...bienes o***

servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. *. . ”.* (la negrita y el subrayado es nuestro)

* *“Tal exigencia importaba (e importa),* ***encuadrar como "consumidor" a la persona física que adquiera un producto o goce de servicios con destino a un uso esencialmente privado;*** *mientras que* ***en el caso de las personas jurídicas, el acto podría ser interpretado como de consumo cuando los bienes o los servicios adquiridos no se relacionen de manera específica con el ciclo productivo o, dicho de otro modo, con su particular competencia profesional*** *(Hernández C.,* La noción de consumidor y Su proyección sobre la legitimación para accionar, *página 264, en* Consumidores, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-I).”* (la negrita y el subrayado es nuestro)

* *“Va de suyo que tal precisión, o con mayor propiedad, tal rasgo distintivo que excluye a la persona jurídica de la categoría de consumidor (el uso profesional del bien o servicio), provocó un debate sobre sus límites, los cuales aparecen más concretos al referirnos a personas físicas (Picasso S. y Vázquez Ferreira R.,* Ley de Defensa del Consumidor — Comentada y Anotada, *T. I, página 32). Es que* ***resulta más sencillo identificar el uso personal o doméstico del bien o Servicio en una determinada persona física; mientras que para determinarlo en la persona jurídica es necesario conocer previamente su giro comercial o profesional para luego definir si la prestación tuvo por destino final a la empresa y si fue incorporado a su giro comercial o profesional, o a una función ajena a su objeto****.”* (la negrita y el subrayado es nuestro)

* *“En este punto podría traerse a colación como ejemplo de las diversas interpretaciones que la jurisprudencia ha realizado al evaluar la calidad de consumidor de personas jurídicas,* ***dos fallos de esta Cámara que han merecido diversos y disímiles comentarios desde lo doctrinario****.*

Uno de ellos es el ***caso "Artemis Construcciones",*** *en el cual fue admitida la aplicación de la ley 24.240 respecto de la persona jurídica que adquirió un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial traslado de sus miembros y empleados-* ***, en tanto fue considerado como el destinatario final del bien comprado*** *(CNCom A, 21.1 1.2000, "Artemis Construcciones S.A. cf Díyón S.A. y otro", LL 200lB, 839).*

Distinta fue la solución brindada en el caso "Blue Way S.A.", *en el cual fue declarada inaplicable la ley 24.240 frente "...al reclamo impetrado por una empresa de remise a efectos de obtener un resarcimiento por los daños derivados de la deficiente colocación de los equipos de GNC en los rodados adquiridos en tanto,* ***el hecho de que éstos se encuentren destinados a prestar servicios a terceros, excluye a la relación del ámbito de aplicación de la citada norma"*** *(CNCom Sala C, 21.122005, "Blue Way S.A. —c/ Cidef Argentina S.A. y otro", La Ley Online AR/JUR./8784/2005).”* (la negrita y el subrayado es nuestro)

** “Resulta un tema por demás complejo determinar hasta qué punto debe ser identificada la clase y, específicamente, sus integrantes.*

Alguna doctrina ha sostenido que no puede ser exigido que cada miembro del grupo deba o pueda ser identificado al comienzo del pleito.

Sólo es necesario que el Tribunal pueda saber qué tipo de personas la componen (Rodríguez C.A., nota ya citada).

De todos modos entiendo que tal identificación no debe exigir de una actividad tal que requiera de múltiples medidas de indagación, habitualmente practicadas sobre la contabilidad o documentación de la demandada, al punto que el esfuerzo probatorio recaiga sustancialmente en la persona que será sujeto pasivo de la acción.

Va de suyo que este aspecto no puede ser materia de reglas estrictas, cuanto menos desde la óptica judicial, en tanto la decisión en orden al cumplimiento de los recaudos de admisibilidad deberá ser adoptada en cada pleito. ***Pero revela una vez más, como lo señala la Corte Nacional en el caso "Halabi", la imperiosa necesidad del dictado de una regulación específica que defina los casos, requisitos, legitimación y efectos de la acción de clase (Gelli, M. A., nota citada). Comparto, con la doctrina citada con anterioridad (Rodríguez C.A., nota ya citada), que resultaría un exceso exigir desde un inicio una puntual identificación de cada participe en el grupo o clase involucrada.***

Pero tampoco debe recurrirse a categorías genéricas al punto que sus integrantes podrían ser identificados sólo por vía de excepción frente al denominador común, antes que como parte de un grupo homogéneo.

En el caso, y a la luz de los conceptos desarrollados, ***entiendo que para dirimir este capítulo del recurso cabe realizar una segmentación de la clase o grupo en punto***

a las personas jurídicas aquí cuestionadas. Tal división separará a las sociedades comerciales de aquellas asociaciones que no tienen tal carácter.

Entiendo que la solución a la controversia resulta clara al ser analizado el caso de las sociedades comerciales.

Como anticipé, la asociación actora al identificar a los integrantes de la clase señaló que las personas jurídicas involucradas en esta acción eran las que ". . .hayan utilizado el sistema de descuento con el banco demandado, en tanto formalicen el contrato con la demandada cuyo resultado final fuera cubrir sus propias necesidades económicas".

Sin embargo ***las "necesidades económicas" de una sociedad comercial, entendidas ellas como las definidas en el artículo l de la ley 19.550, pueden contemplar tanto operaciones realizadas para incorporar bienes o servicios que tengan como destino final su patrimonio; o hacerse de aquellos para su ulterior aplicación a su proceso productivo.”***(la negrita y el subrayado es nuestro)

***** *“Por su clara finalidad, ser una estructura organizativa típica destinada al ejercicio en forma asociativa de la actividad de la empresa (Campobassi G.F., Diritto Commerciale: Diritto de lo Societá, citado por Roitman H., obra y tomo citados, página 6),* ***debe presumirse que los fondos obtenidos mediante un crédito bancario son volcados a la actividad económica o profesional de la empresa****.*

Esta presunción ***cobra más fuerza en el caso del descuento, pues la herramienta que utiliza la sociedad para hacerse de los fondos, son créditos generados por su propia actividad comercial,*** *y documentada mediante típicos instrumentos de esa naturaleza (facturas, cheques, pagarés, etc.), que son cedidos al Banco para obtener su adelanto, mediante el descuento de intereses por el período anticipado.*

Visto de otra forma, ***los créditos que han sido generados por la actividad empresaria, son cedidos al Banco para que éste le adelante su monto, fondos que aplicará a adquirir nuevos bienes o contratar servicios que permitan mantener el giro empresario. En definitiva, mediante el descuento se alimenta la rueda productiva, objeto típico de la organización que da causa y sentido a la sociedad comercial****.*

Podría ocurrir que, ***sólo por excepción, alguna actividad específica de una sociedad comercial pudiera ser calificada como acto de consumo. Pero en tal caso trataríase de una situación atípica, en tanto la generalidad llevaría a la conclusión***

***contraria**. Dicho de otro modo, resultaría una actividad de excepción, alejada del concepto de denominador común que amalgama al grupo que da sentido a la acción de clase.*

*Este escenario **permite excluir a las sociedades comerciales de la presente demanda pues del universo de las operaciones de descuento concertadas por estos sujetos con los Bancos los actos de consumo, de existir, constituirían claramente una excepción**."* (la negrita y el subrayado es nuestro)

* *"Adviértase que **usualmente**, y no ha sido señalado aquí algún elemento que permita predicar lo contrario, **la instrumentación de los contratos de descuento no denuncian el fin que el descontatario otorgará a los fondos adelantados**.*

Ello no parece ser un dato útil para el Banco a efectos de percibir los títulos transferidos (nada tienen de vinculación con ellos), ni tampoco para ejercer la subsistente acción contra su cliente.

Y no puede pretenderse que, por ser condición de admisibilidad de esta acción, pueda abrirse en la causa una etapa de indagación previa sobre este extremo.

Es que ello exigiría del Banco denunciar los datos identiticatorios de las Sociedades comerciales que concertaron descuentos con él; y con tal informe indagar en la contabilidad de cada descontatario el destino que le dio a los fondos que le fuera adelantados por la demandada.

***Las dificultades se multiplicarían si se advierte que el universo que la actora intenta involucrar en esta acción son todos los clientes bancarios que concertaron con el Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. operaciones de descuento en los últimos diez años. Ello importaría una prueba imposible casi diabólica**, pues exigiría de una indagación contable de tal magnitud que requeriría de un peritaje de alto costo, que eventualmente debería ser solventado en un todo o en parte por el Banco demandado, atento la prerrogativa otorgada en el artículo 53, último párrafo."* (la negrita y el subrayado es nuestro)

* *"Va de suyo que tampoco ha sido acreditada tal calidad respecto de las personas físicas pues ellas también podrían estar excluidas de aquella categoría (vgr. profesionales liberales).*

Sin embargo, ***a diferencia de lo que ocurre con las sociedades comerciales, cabe presumir como principio la calidad de consumidores en las personas físicas, pues lo contrario importaría un caso de excepción***.

Igual conclusión cabe aplicar respecto de las personas jurídicas de carácter no comercial.

Por principio, las asociaciones civiles, fundaciones y otros entes, no reconocen en su funcionamiento un propósito de lucro." (la negrita y el subrayado es nuestro)

III. 2.6. Estado de endeudamiento del consumidor

En coincidencia con las ideas de Lima Marques[24], definimos al endeudamiento del consumidor como una situación en la que el consumidor tiene una o varias deudas con uno o varios proveedores, en su carácter de sujeto pasivo de obligaciones generadas en relaciones de consumo.

Esta situación de endeudamiento en que se encuentra el consumidor es propia o inherente, en palabras de Lima Marques, a la vida en una sociedad de consumo, la que se caracteriza por un predominio del consumo por sobre el ahorro.

Mantener el nivel de vida en la sociedad actual hace necesario adquirir una cantidad de bienes y servicios que, en muchos casos, sólo se consigue con endeudamiento.

Dicho de otra manera, en la sociedad de consumo es natural que los presupuestos personales contemplen déficits mensuales financiados con préstamos.

III. 2.7. Tipos de endeudamiento

Pasivo: El consumidor contrajo una o varias deudas por necesidad (vgr. perdida de trabajo, problema de salud suyo o de sus familiares, imprevisto cambio en el escenario económico, etc.)

---

[24] Lima Marques, Claudia, "Algumas preguntas e respostas sobre prevençao e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas", *Revista de Direito do Consumidor*, RDC 75/9, jul.-set./2010, publicado en "Doutrinas Essenciais Direitos do Consumidor", *Revista dos Tribunais*, Vol. II, San Pablo, 2011, p. 573,

Activo: El consumidor contrajo una o varias deudas intencionalmente (vgr. Para comprar una vivienda, electrodomésticos, ropa, un auto, etc.)

Mixto: El consumidor contrajo deudas de las dos especies anteriores.

“Justificado”: Usamos este término para referirnos a aquellas deudas que guardan proporción con la contraprestación recibida.

“Injustificado”: Usamos este término para referirnos a aquellas deudas que no guardan proporción con la prestación recibida, sea que la mentada desproporción exista desde que se contrajo la deuda o que esta se produzca por circunstancias sobrevinientes

III. 2.8. Tipos de acreedores

De buena fe: Se comporta en forma diligente tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

De mala fe: Se comporta en forma dolosa o culposa, sea en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

En una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar la buena o mala fe del proveedor - acreedor hay que tener en cuenta que este es un profesional, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un especialista en la materia.

III. 2.9. Tipos de deudores

De buena fe: Se comporta en forma diligente tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

De mala fe: Se comporta en forma dolosa, sea en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

En una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar su buena o mala fe, hay que tener en cuenta que este es un profano, es decir, que no es un experto, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un no especialista en la materia. De esto se sigue que la negligencia o imprudencia del consumidor – deudor no sean relevantes a la hora de configurar su mala fe, exigiéndose el dolo, entendido como una intención de incumplir, tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

III. 2.10. Combinaciones posibles entre los tipos de proveedores – acreedores y de consumidores – deudores

a) Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de mala fe

b) Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de mala fe

c) Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe

d) Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe

En los supuestos a) y b), los deudores- consumidores no parecen merecedores de tutela jurídica, dada su conducta dolosa.

En cambio, en los supuestos c) y d), los deudores- consumidores parecen merecedores de tutela jurídica, dada su conducta diligente.

Sin embargo, se advierten dos cuestiones que requieren un análisis más detenido

1) En el supuesto c) (Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe) ¿Cómo incide la mala fe del acreedor, respecto de la validez de la obligación?

2) En el supuesto d) (Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe) ¿Cómo incide la buena fe del acreedor, en caso de sobreendeudamiento del consumidor?

III. 2.11. Estado de Sobreendeudamiento

III. 2.11.1. Repaso de algunas definiciones doctrinales y normativas

Antes de dar nuestra definición de sobreendeudamiento, recordaremos algunas ya mencionadas, en ocasión de desarrollar cuestiones introductorias en este trabajo y agregaremos otras.

Kemelmajer de Carlucci, analizando la normativa del código francés de los consumidores relativa al sobreendeudamiento, señala que "(e)l sobreendeudamiento está definido en el art. 330-1. La situación de *sobreendeudamiento de las personas físicas* está caracterizado por la *imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe* de hacer frente al conjunto de sus d*eudas no profesionales exigibles y a vencer, así como a las obligaciones nacidas de garantías o de obligaciones solidarias dadas a un empresario individual o a una sociedad* en la cual el deudor no es ni ha sido dirigente, ni de derecho ni de hecho." [25] (la cursiva es nuestra)

Por su parte, Atencio destaca que no existe un concepto jurídico preciso y consensuado de sobreendeudamiento y señala que la doctrina mayoritaria sugiere elaborar un concepto de sobreendeudamiento que se vaya adaptando y completando jurisprudencialmente, basándose necesariamente en la relación entre el patrimonio y los ingresos del deudor con la posibilidad real de hacer frente a sus compromisos. [26]

Para este autor, "(e)n el sentido más amplio, se hallará sobreendeudado aquel consumidor que, aunque no resulte definitivamente insolvente, no sea capaz de hacer frente a sus deudas según un plan de ingresos racional." [27]

A su turno, Alegría parece equiparar este concepto al de insolvencia[28]

[25] Kemelmajer De Carlucci, Aída, "El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés", publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), Cita Online: AR/DOC/1618/2009
[26] Atencio, Juan Martín, "El sobreendeudamiento del Consumidor: Una pequeña introducción al problema". Disponible en http://danterusconi.blogspot.com.ar/2010/01/doctrinael-sobreendeudamiento-del.html . Consultado el 05/05/20
[27] Atencio, Juan Martín, ob cit

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto del sobreendeudamiento en los autos *"Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Rinaldi, Francisco Augusto y otro C/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra S/ Ejecución Hipotecaria"*[29].

En el voto de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti se destaca que *"…la Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere, concretamente, al problema del "sobreendeudamiento".*

El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles. En muchos países se han dictado leyes especiales destinadas a regular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, que contemplan aquellos supuestos en los que el deudor está afectado por alguna circunstancia inesperada, ***tal como un cambio desfavorable en su salud, en su trabajo o en su contexto familiar que incide en su capacidad de pago.*** Por ello se autorizan medidas vinculadas con la intervención en el contrato, otorgando plazos de gracia, estableciendo una suerte de concurso civil, o bien promoviendo refinanciación a través de terceros." (la cursiva es nuestra)

Lima Marques [30] define al sobreendeudamiento como "la imposibilidad global del deudor persona física, consumidor, lego y de buena fe, de pagar todas sus deudas actuales y futuras de consumo (excluidas las deudas con el Fisco, las surgidas de delitos y por alimentos) en un tiempo razonable, con su capacidad actual de rentas y patrimonio."

Anchaval puntualiza que "(s)obreendeudamiento e insolvencia son conceptos vecinos pero no iguales. El primero podría caracterizarse como más leve que el segundo. El consumidor sobreendeudado arrastra siempre una situación de pagos a

---

[28] "En materia de insolvencia de los consumidores (llamada también sobreendeudamiento para indicar diferencias con otras actividades económicas),…"
[29] "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Rinaldi, Francisco Augusto y Otro C/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y Otra S/ Ejecución Hipotecaria", CSJN, 15/03/07. Reseñado por el autor el 19 de marzo de 2007. En Internet: http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=159
[30] Lima Marques, Claudia, ob. cit.

cuenta, compromisos sobre su renta, etc., y -aunque los está pagando- su nivel de vida decae y el ahogo financiero aumenta hasta desembocar más tarde en la insolvencia y la imposibilidad de continuar con los pagos. *El sobreendeudamiento indica un cumplimiento forzado de las obligaciones, con un gran desgaste personal y económico, pero cumplimiento al fin*. La insolvencia significa el fin de esta situación y su incumplimiento.

Sin embargo, el elemento personal es lo que define la diferencia entre un concepto y otro, pues la situación de sobreendeudamiento produce un perjuicio en lo personal y familiar, que arrastra problemas sociales tales como acceso a la vivienda, educación, salud, marginalidad y un amplio etcétera." [31] (la cursiva es nuestra)

En Brasil tiene estado parlamentario un proyecto de ley[32] aprobado por el Senado y enviado a la Cámara de Diputados, que modifica el Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, así como la ley 10.741, con el objeto de establecer un régimen de prevención y resolución del sobreendeudamiento.

Según el mismo, "(s)e entiende por sobreendeudamiento la imposibilidad manifiesta del consumidor, persona física, de buena fe, de pagar la totalidad de sus deudas de consumo, exigibles y por vencer, *sin comprometer su mínimo existencial*, en los términos de la reglamentación."[33] (la cursiva es nuestra)

En Italia, la ley del 27 de enero de 2012[34] define al sobreendeudamiento, en el inciso b) del punto 2 del art. 6 como "la situación de desequilibrio persistente entre las obligaciones asumidas y el patrimonio prontamente liquidable para satisfacerlas, lo que

---

[31] Anchaval, Hugo A., Insolvencia del consumidor. Editorial Astrea, año 2011, pp. 31 y 32

[32] Proyecto aprobado y enviado a Diputados el 4 de noviembre de 2015. Diponible en Internet: http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=182356&tp=1

[33] Traducción del autor. Texto original en contexto: "Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevemr o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educaçao financeira do consumidor.
§ 1° Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentaçao."

[34] En Internet: http://www.normattiva.it/ricerca/avanzata/vigente . Consultado: 12/08/16

determina la *relevante dificultad de cumplir con dichas obligaciones, o la definitiva incapacidad de cumplir regularmente*"[35]. (la cursiva es nuestra)

De paso, en el inciso siguiente define al consumidor como "el deudor persona física que ha asumido obligaciones únicamente para fines no relacionados con la actividad empresarial o profesional."[36]

Por su parte, el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor[37] lo define en su art. 81:

"ARTÍCULO 81. Sobreendeudamiento del consumidor. El sobreendeudamiento del consumidor es la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales.

El destinatario de la protección particular prevista en la presente ley es el consumidor persona humana."

III. 2.11.2. Definición de sobreendeudamiento propuesta

Estado de sobreendeudamiento es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se

---

[35] Traducción del autor. Texto original: "...la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente;"

[36] Traducción del autor. Texto original: "...il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attivita' imprenditoriale o professionale eventualmente svolta."

[37] El Anteproyecto fue realizado por una Comisión integrada por los Dres. Carlos Alfredo Hernández –en calidad de integrante y coordinador- , Gabriel Alejandro Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'archivio, Maria Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Alejandro Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Hernán Wajntraub.
Fue elevado a los Ministros de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo el 6 de diciembre de 2018. El mismo plantea una reforma integral de la materia, propone la derogación de la ley 24.240, cuenta con 186 artículos y se divide en seis Títulos. El tema del sobreendeudamiento se regula en el Capítulo 10 ("Crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento. Obligaciones cambiarias conexas") del Título II, denominado "PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR".

encuentra un consumidor de buena fe, sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad.

III. 2.11.2.1. En primer lugar, caracterizamos al sobreendeudamiento como un estado, en el sentido de una situación en que se encuentra el consumidor – deudor de buena fe.

El sobreendeudamiento no necesariamente implica insolvencia.

En efecto, aunque el activo del deudor supere su pasivo, igual puede encontrarse en una imposibilidad cierta de cumplir en el futuro, *sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad*, como se explicará más adelante.

III. 2.11.2.2 En segundo lugar, esta imposibilidad de cumplir con sus obligaciones debe ser cierta, en el sentido de que dicha imposibilidad de cumplir con sus obligaciones no debe ser hipotética o eventual, sino entrar dentro de las previsiones normales, según las reglas de la experiencia o la ciencia. Dicho de otra manera el sobreendeudamiento puede existir aun cuando en la actualidad el consumidor cumpla con sus obligaciones generadas en relaciones de consumo, *si el nivel de endeudamiento hace previsible*[38] su incumplimiento en el futuro.

Como ejemplo de esto último, Anchaval señala que "(l)os expertos consideran que *no debe destinarse al pago de deudas más del 20% de los ingresos*. Este porcentaje puede ser menor (entre un 12% y un 15%, como máximo), en función del nivel de vida de la zona en la que se resida, el precio de los alquileres, los gastos de alimentación y otros gastos fijos. Además, en caso de contraer deudas de larga duración, como la compra de un inmueble, hay que considerar no sólo la situación financiera en el momento de contraer la deuda sino la previsible durante el tiempo que va a durar. *Se considera que alguien está sobreendeudado cuando el volumen de su deuda es tres veces superior a su renta, cuando el total de la deuda supera el 75% del patrimonio*

[38] En el sentido de “probable”, según las estadísticas disponibles o, en su defecto, según la experiencia.

*neto del hogar, o cuando el peso de la carga de su deuda supera el 40% de su renta anua*l." [39] (la cursiva es nuestra)

III. 2.11.2.3. En tercer lugar, estrictamente, las obligaciones de imposible cumplimiento deben ser las generadas en relaciones de consumo, utilizando el concepto de relación de consumo en el sentido de obligaciones que tienen como sujeto activo o acreedor a uno o varios proveedores, en los términos del art. 2 de la LDC, y como sujeto pasivo a uno o varios consumidores, en los términos que lo define el art. 1° de la LDC.

III. 2.11.2.4. En cuarto lugar, y como principio, el sujeto sobreendeudado debe ser un consumidor, reiteramos, en los términos que lo define el art. 1° de la LDC, lo que implica no excluir a las personas jurídicas, dado que en nuestro ordenamiento jurídico estas pueden ser consumidores.

En nuestro derecho lo que caracteriza al consumidor no es su condición de persona humana, sino su falta de profesionalidad con respecto a la otra parte de la relación de consumo.

III. 2.11.2.4.1. Ahora bien, dado que, como se dijo, en nuestro derecho positivo las personas jurídicas también pueden ser consumidores, cabe indagar si el problema del sobreendeudamiento es exclusivamente de los consumidores personas humanas o si puede presentarse a las personas jurídicas.[40]

Expresado en forma de interrogantes:

¿Solo el estado de sobreendeudamiento del consumidor persona humana (CPH) merece una protección específica o esta también debe incluir al estado de sobreendeudamiento del consumidor persona jurídica (CPJ)?

---

[39] ANCHAVAL, Hugo A., ob cit p 7, citando la nota "Dificultades para pagar los créditos", actualmente disponible en el link http://revista.consumer.es/web/es/20060101/actualidad/informe1/70120_2.php. (fecha de consulta: 02/07/15)

[40] Vgr. como se vio ut supra, Lima Marques solo incluye en su definición a las personas físicas.

¿El estado de sobreendeudamiento del consumidor es un caso exclusivo del CPH?

¿La diferencia entre el consumidor persona humana (CPH) y el consumidor persona jurídica (CPJ) es *cuantitativa* o *cualitativa*?

Es decir, la diferencia entre el CPH y el CPJ estriba en que el CPJ realiza muchas menos relaciones de consumo que el CPH? (diferencia cuantitativa)

¿O son el CPH y el CPJ son dos casos distintos, que solo tienen en común el término "consumidor"? (diferencia cualitativa)

La doctrina mayoritaria en materia de sobreendeudamiento, así como la mayoría de los proyectos de ley analizados y la normativa comparada parece entender esto último. Así, sólo se ocupa del sobreendeudamiento del CPH.

Incluso, en la definición que se postula, al señalar que "sobreendeudamiento es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, *sin afectación de su dignidad* por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad", la aludida "afectación de la dignidad del consumidor" parece reducir la cuestión al CPH.

Sin embargo, cabe preguntarse por qué las personas jurídicas no pueden ser "víctimas" del sobreendeudamiento.

Para responder a este interrogante, es necesario indagar tanto en las causas del estado de sobreendeudamiento como en las causas de la existencia de las personas jurídicas.

En cuanto a las causas del estado de sobreendeudamiento, se postula que una de ellas es la necesidad irracional de mantener el vínculo con el lugar de referencia.[41]

[41] Nos remitimos a lo expresado arriba, en los puntos III. 2.2 y III. 3.5.

Al respecto, consideramos que las personas jurídicas también tienen un lugar de referencia. Esto fundado en que la sociedad de consumo es una sociedad donde predomina la apariencia. Bauman habla de "estética de consumo", para significar el cambio de valores imperantes. [42]

En ese sentido ¿cuántas adquisiciones de bienes y servicios efectuadas por personas jurídicas lo son para reforzar el perfil productivo y cuántas son para consumo? Dicho de otra manera, ¿cuántas son necesarias para cumplir el fin empresarial y cuántas no?

En definitiva, lo que convierte a las personas en consumidores no es su carácter de humanas o jurídicas sino la forma en que se comportan.

El consumidor se comporta en forma reactiva: reacciona emocional e irracionalmente a las propuestas de los proveedores. Los proveedores estimulan y aprovechan esas respuestas.

En una sociedad donde para ser hay que demostrar capacidad de consumo, las personas jurídicas no se comportan siempre dentro de la lógica de la maximización de ganancias y minimización de pérdidas.

La lógica del consumidor es la de la satisfacción a corto plazo, porque el futuro no existe, el futuro está lejos.

En cuanto a las causas de la existencia de las personas jurídicas, no debe olvidarse el mero carácter instrumental de la persona jurídica, en el sentido de ser un

---

[42] "...es la estética, no la ética, el elemento integrador en la nueva comunidad de consumidores, el que mantiene su curso y, de cuando en cuando, la rescata de sus crisis. Si la ética asignaba-valor supremo al trabajo bien realizado, la estética premia las más intensas experiencias. El cumplimiento del deber tenía su lógica interna que dependía del tiempo y por eso lo estructuraba, le otorgaba una orientación, le confería sentido a nociones como acumulaci6n gradual o demora de las satisfacciones.
Ahora, en cambio, ya no hay razones para postergar la búsqueda de nuevas experiencias; la única consecuencia de esa demora es la "perdida de oportunidades". Porque la oportunidad de vivir una experiencia no necesita preparación ni la justifica: llega sin anunciarse y se desvanece si no se aprovecha a tiempo; se volatiliza, también, poco después de habérsela vivido. Esa oportunidad debe ser tomada al vuelo; no hay otro momento para hacerlo que el presente fugaz. En este sentido, ningún instante se diferencia de otro; cada momento es bueno (está igua1mente "maduro") para el disfrute." BAUMAN, Zygmunt, ob cit pp 55 y 56.

vehículo para logro de finalidades humanas. Por eso mismo, la persona jurídica sirve como instrumento por medio del cual las personas físicas ejercen sus derechos. Por lo anterior, en ciertos casos, la afectación del derecho de propiedad de una persona jurídica, (como consecuencia de sobreendeudamiento pasivo, por ejemplo); puede provocar afectación del derecho de propiedad de las personas humanas que la integran.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 22/16[43] consideró que si bien el artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado, *las personas físicas en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas, de manera que en dichas situaciones podrán acudir ante el Sistema Interamericano para presentar las presuntas violaciones a sus derechos.*

En ese sentido, en el numeral 34, la Corte "…estima que el principal problema jurídico que fue planteado en la solicitud de opinión consultiva es *si las personas jurídicas pueden ser consideradas como titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana* y, por tanto, podrían acceder de forma directa al sistema interamericano como presuntas víctimas." (la cursiva es nuestra)

Transcribimos las consideraciones vertidas en diversos numerales de la Opinión Consultiva en análisis:

107. "...este Tribunal ha reiterado que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, *esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos* el individuo que ejerza sus derechos a través de ellas pueda acudir al sistema interamericano *para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico."* (la cursiva es nuestra)

[43] OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá (Disponible en Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf)

110. "...mientras algunos derechos se relacionan directamente con las funciones vitales de los seres humanos o con las funciones físicas o psicológicas del cuerpo humano, tales como el derecho a la vida, la libertad personal o la integridad personal, *otros se vinculan con la relación entre los seres humanos y la sociedad. Ejemplos de esta última relación serían los derechos a la propiedad privada,* asociación, nacionalidad, entre otros. *Estos últimos serían el tipo de derechos que podrían ser objeto del análisis mencionado en los párrafos precedentes*." (la cursiva es nuestra)

114. La segunda situación en la que la Corte se ha pronunciado *sobre el derecho a la propiedad privada ha sido para diferenciar los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma,* señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros . *En ese sentido, ha establecido que para determinar si ha existido una vulneración al derecho de propiedad de los socios es necesario que se encuentre probada claramente la afectación que sobre sus derechos ha recaído* . Así por ejemplo, se ha abstenido de analizar la alegada violación al derecho a la propiedad sobre bienes que formaban parte del patrimonio de la empresa, puesto que diferenció entre el patrimonio de la misma y el de sus socios y accionistas , que en el caso en particular correspondían al capital accionario del cual eran propietarios . Además, este Tribunal ha manifestado que *debe ser demostrado cómo el daño o afectación de los bienes de propiedad de la persona jurídica podrían llegar a implicar, a su vez, una afectación a los derechos de los accionistas o socios*[44] *."* (la cursiva es nuestra)

119. ...independientemente de la especificidad de cada caso, este Tribunal considera que el *ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación*, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de

[44] Se refiere a los casos Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 127, y Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 338.

las personas jurídicas. En efecto, se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que *dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados.* Además, la Corte, al amparo de lo previsto en el artículo 29.a de la Convención, considera que la *mera existencia y acción de la persona jurídica en la que participa la persona natural, presunta víctima de la violación que se alegue, no puede constituir un obstáculo para que le sea sometido, conozca y resuelva el caso correspondiente.* De otra manera, se estaría interpretando el artículo 1.2 del mismo texto convencional, como permitiendo "a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

Podría extraerse como regla que las personas jurídicas, dado su carácter meramente instrumental, son un vehículo para satisfacer necesidades humanas por lo que, en ciertos casos, la afectación del derecho de propiedad de una persona jurídica puede provocar afectación del derecho de propiedad de las personas humanas que la integran y *si está afectación es de tal grado que lesiona el contenido mínimo de propiedad de dichas personas humanas,* estas pueden reclamar protección del sistema Interamericano por violación de derechos protegidos convencionalmente.

III. 2.11.2.5. Debe tratarse de un consumidor de buena fe, es decir, un consumidor deudor que haya actuado en forma diligente.

III. 2.11. 2.6. Por último, la imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, se constituye porque para pagar, el consumidor/deudor sufriría una afectación de su dignidad por menoscabo del *contenido mínimo de su propiedad*.

Este contenido mínimo de la propiedad se integra con los bienes necesarios para ejercer el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida conforme a los estándares delineados en las normas convencionales de jerarquía constitucional. Esta cuestión se tratará más extensamente infra, a partir del punto 11.4.

III. 2.11.3. Definición de sobreendeudamiento activo propuesta

Consiste en la imposibilidad cierta del deudor consumidor de hacer frente a obligaciones actuales y futuras, contraídas para satisfacer necesidades de consumo.

III. 2.11.4. Definición de sobreendeudamiento pasivo propuesta

Consiste en la imposibilidad cierta del deudor consumidor de hacer frente a obligaciones actuales y futuras, contraídas para satisfacer necesidades de consumo por razones ajenas a su libertad de elección.[45]

III. 2.11.5. Definición de sobreendeudamiento de buena fe propuesta

Es un estado de sobreendeudamiento caracterizado por la conducta diligente del consumidor deudor.

En otras palabras, es un estado de sobreendeudamiento producido “a pesar” de la conducta del consumidor deudor.

El sobreendeudamiento se produjo por causas ajenas a su conducta y, en ese sentido se asimila al sobreendeudamiento pasivo.

La diferencia es que en el sobreendeudamiento pasivo, el deudor se vio compelido a endeudarse por un incremento imprevisto de los gastos que se deben afrontar o por una también imprevista disminución en los ingresos.

En cambio, en el sobreendeudamiento de buena fe el consumidor pudo haber decidido contraer obligaciones, porque confía en su capacidad de pago, pero luego se encuentra imposibilitado de hacerlo por causas sobrevinientes imprevistas o porque la confianza estaba basada en expectativas irreales generadas por un acreedor especifico y/o por el sistema de consumo.

---

[45] Atencio, ob. cit., observa que "(d)ebido a que el deudor-consumidor, no es el culpable directo, algunos autores lo denominan sobreendeudado de buena fe". Por las razones que se expondrán más adelante, no compartimos esta equiparación entre "sobreendeudamiento pasivo" y "sobreendeudamiento de buena fe".

III. 2.11.6. Definición de sobreendeudamiento de mala fe propuesta

Caracterizado por la conducta dolosa del consumidor deudor, que contrae más obligaciones de las que puede afrontar. La imposibilidad cierta de cumplir con las obligaciones se produce por la conducta dolosa del consumidor – deudor, sea en la etapa previa al nacimiento de las obligaciones, como en la etapa del cumplimiento de las mismas.

III. 2.11.7. Definición de inducción sistémica al sobreendeudamiento propuesta

Se la postula como una característica del actual sistema de comercialización y producción de bienes y servicios.

En otras palabras, el propio sistema de comercialización y producción de bienes y servicios induce al sobreendeudamiento. No nos referimos a que los empresarios determinen unilateralmente, con su publicidad y técnicas de venta, los gustos y necesidades de los consumidores.

Estrictamente, en este caso, ningún sujeto en particular es el causante o "inductor" al sobreendeudamiento de ningún consumidor en particular, sino que es el comportamiento de todos los sujetos integrantes del sistema, el que induce al sobreendeudamiento de los consumidores. En otras palabras, si "todos" tienen televisor LED, si "todos" tienen internet de banda ancha, si "todos" tienen tarjeta de crédito, si "todos" tienen teléfono celular, etc., "todos tenemos" que tener esos bienes, aunque para eso tengamos que endeudarnos, porque si no dejamos de pertenecer a ese "todos", lo que conduce a la sensación de marginalidad.

III. 2.11.8. Definición de inducción específica al sobreendeudamiento propuesta

Aquí, en cambio, se trata de la conducta culpable de uno o varios sujetos determinados que inducen a sobreendeudarse a uno o varios sujetos determinados.

En la situación descripta, existiría un aprovechamiento de esa tendencia de ciertos sectores a endeudarse para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar o grupo de pertenencia.

Se postula una conducta culpable, a título de dolo o de culpa, de parte de los sujetos "inductores", considerando que tanto su obrar doloso como el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos[46].

III. 3. Relaciones y contratos de consumo. Regulación jurídica

La ley 24240, de Defensa del Consumidor, (LDC), es sancionada por el Congreso de la Nación el 22 de septiembre de 1993 y, con varios e importantes artículos vetados por el Poder Ejecutivo Nacional, fue publicada en el Boletín Oficial el 15 de octubre de 1993.

Posteriormente, con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, los derechos del consumidor pasan a tener jerarquía constitucional, en el art. 42.

Ese mismo año, el Poder Ejecutivo Nacional reglamenta en forma parcial la LDC mediante el Decreto 1798/94 del 13 de octubre.

La LDC es luego modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361, 26.993 y 26.994. Las reformas establecidas por esta última ley entraron en vigencia el 1° de Agosto de 2015.

Posteriormente, la LDC fue modificada por las leyes 27250, 27265 y 27266.

Además, la LDC se encuentra complementada –a efectos de dar cumplimiento con lo previsto en el art. 59 (Tribunales Arbitrales)- con el Decreto 276/98, de creación del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo y su implementación a través de la Resolución SICyM 212/98.

[46] En el Capítulo II se desarrolla la cuestión de la mala fe del inductor con mayor detalle, al estudiar el deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores".

La normativa de la LDC es de orden público (art. 65). Contra su observancia, no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones en contrario, a fin de evitar que se produzcan perturbaciones o conflictos en nuestra sociedad. De esta manera, los derechos del consumidor son irrenunciables (ver. Art. 37)

III. 3.1. El art. 42 de la Constitución Nacional

El art. 42 de nuestra Carta Magna otorga máxima jerarquía normativa a los denominados "derechos de los consumidores":

Artículo 42.- *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.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por el momento, nos interesa puntualizar lo siguiente:

1) Aparece la expresión "relación de consumo", de la que hablaremos bastante en esta obra.

2) No hay una definición constitucional de "consumidor"

3) En primer lugar, aparecen mencionados los derechos 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".* Tanto la LDC como

el CCC se ocuparan de regular algunos de estos derechos (vgr. arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 8bis de la LDC y 1096 a 1103 del CCC)

4) En cuanto al derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor, el mismo tiene que ver con la preservación de su integridad patrimonial[47]. Por supuesto, esto no implica que el consumidor no pueda contraer deudas y/o no pueda ser ejecutado en caso de incumplimiento de sus obligaciones[48], sino que de lo que se trata, es de consagrar el deber del Estado y de los proveedores de adoptar conductas que prevengan un menoscabo del patrimonio del consumidor, sea asesorándolo previamente a contraer obligaciones, sea absteniéndose de inducirlo a endeudarse sin un adecuado análisis de su posible capacidad de pago, sea consagrando reglas que le permitan al consumidor optar por la solución menos gravosa para cancelar su deuda.

5) En el último párrafo se formula una manda al legislador para que establezca procedimientos *eficaces* para la prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo.

III. 3.2. Integración de la LDC con el resto de nuestro sistema jurídico

Desde su entrada en vigencia, la LDC modificó sustancialmente los ahora derogados Códigos Civil y Comercial, integrándose a estos cuerpos normativos y prevaleciendo sobre las regulaciones que pudieran dar una solución distinta.

Así lo establece el art. 3º *" Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.*

---

[47] Tambussi lo denomina "especie del derecho protectorio que defiende la integridad patrimonial" (Ver, Tambussi, Carlos Eduardo, “Los derechos del consumidor como derechos humanos”, capitulo VII, pagina VII-13, de la obra *Derechos Humanos*, 6a ed., Buenos Aires, Fund. de Derecho Administrativo, 2007. Disponible en Internet: http://www.gordillo.com/DH6/dh.pdf. Consultado: 25/08/16)

[48] Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Javier Hernán. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, segunda edición actualizada, 2009, p. 147.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica."

El CCC sienta una regla similar:

"ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

ARTICULO 963.- Prelación normativa. ***Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación****:*

*a****) normas indisponibles de la ley especial*** *y de este Código;*

b) normas particulares del contrato;

c) normas supletorias de la ley especial;

d) normas supletorias de este Código."

Por ejemplo, una compraventa tiene normas generales aplicables a su tratamiento (antes, el derogado Código Civil, ahora el CCC), y, en ocasiones, especiales (vgr, ley 14.005, de venta de inmuebles en lotes y a plazos, que mantiene su vigencia, o 19.724, de prehorizontalidad, ahora derogada y reemplazada por el régimen de los arts. 2070 a 2072 CCC), pero si se trata de una *compraventa de consumo*, las normas de la LDC se integrarán con el CCC, de manera tal que se aplicará aquella que sea *más favorable* para el consumidor.

Para dar una idea, el derogado Código Civil permitía renunciar a la garantía por vicios redhibitorios, (conf. art. 2166 CCivil. Esto es igual en el CCC, conforme surge del art. 1036). En cambio, la LDC lo prohíbe, (conf. art. 37 inc. b). Por lo común, esto último es lo más favorable para el consumidor, por lo que esta norma es la que se aplicará si se trata de una *compraventa de consumo.*

En el mismo sentido, un mutuo con garantía hipotecaria tiene normas generales aplicables a su tratamiento (antes, el derogado Código Civil, ahora el CCC), y, en ocasiones, especiales, (vgr. proceso de ejecución especial, según ley 24.441), pero si se trata de un mutuo de consumo las normas de la LDC se integraban con el Código Civil y ahora con el CCC (arts. 1525 y sgtes o 1408 y/o 984 y sgtes CCC, según el tipo de mutuo) y, eventualmente, la ley 24.441, de manera tal que se aplicará aquella que sea *más favorable* para el consumidor[49].

Por otra parte, el proveedor, por su actividad, puede estar alcanzado por una normativa específica (vgr. caso de los bancos o las aseguradoras). Sin embargo, su relación con el consumidor se rige por la LDC (y, además, en el caso de bancos, por las normas del CCC referidas a los contratos bancarios, arts. 1378 y sgtes, en especial los referidos a contratos bancarios con consumidores y usuarios, arts. 1384 a 1389 CCC).

III. 3.3. El derecho del consumidor en el CCC

El CCC adopta el siguiente criterio:

Incorpora el tema en su texto, fundamentalmente al regular los contratos de consumo, en los arts. 1092 a 1122, pero no deroga la ley 24240, sino que modifica los artículos 1, 8, 40 bis y 50 de la misma.

Según los redactores del Anteproyecto de CCC, *"...se propone incluir en el Código Civil* ***una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima",*** *lo que tiene efectos importantes:*

[49] Sin embargo, cuando más adelante tratemos el régimen de irrenunciabilidad de derechos, advertiremos que el mismo, junto con la "interpretación más favorable, presentan dificultades a la hora de su aplicación por parte de la jurisprudencia, tanto durante la vigencia del Código Civil derogado como en la actualidad.

a.- En materia de regulación, ello implica que ***no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores****.*

b.- ***Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema****. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto,* ***estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela****.*

c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque ***hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.***

d.- En el campo de la interpretación, se establece un "dialogo de fuentes" de manera que ***el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes****. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.*

De conformidad con esta perspectiva, ***se produce una integración*** *del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los* ***derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional;*** *b) los* ***principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código****; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial.* ***Los dos primeros niveles son estables****, mientras que* ***el tercero es flexible y adaptable*** *a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas."*[50]

Así, el CCC busca establecer, junto con la Constitución Nacional, un piso mínimo de derechos para el consumidor en el texto del nuevo Código y la ley 24.240 quedaría como una ley especial que amplía dichos derechos.

[50] Fundamentos del Anteproyecto, pags. 131 y 132, la negrita y el subrayado es nuestro. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

Sostiene Lorenzetti[51] que *"(un)n Código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema."*

Así, agregamos, junto al "Sistema General" del Derecho del Consumo (ese "piso mínimo reconocido en la Constitución Nacional y en el CCC), aparece el "Microsistema especial" del Derecho del Consumidor (la legislación especial: LDC, leyes de Tarjeta de crédito, medicina prepaga, lealtad comercial, defensa de la competencia, decretos, resoluciones, normativa provincial, etc.)

Ahora bien, en la práctica, nos encontraremos con una doble regulación de variados institutos del Derecho del Consumidor, en la LDC y el CCC.

A manera de ejemplo, pueden compararse los siguientes temas (primero ponemos los arts. del CCC y luego los de la LDC que los tratan)

* Relación de consumo. (1092 y 3)
* Consumidor. (1092 y 1)
* Equiparado. (1092 y 1)
* Proveedor. (1093 y 2)
* Interpretación y prelación normativa. (1094 y 3)
* Interpretación del contrato de consumo. (1095 y 37)
* Trato digno. (1097 y 8 bis)
* Trato equitativo y no discriminatorio. (1098 y 8 bis)
* Información. (1100 y 4)
* Publicidad. (1101/1103 y 8)
* Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (1104 y 32)
* Contratos celebrados a distancia (1104 y 33)
* Revocación. (1110/1116 y 34)

[51] Lorenzetti, Ricardo L., "Presentación del Proyecto", p. 3. En Internet: http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf Consultado: 14/10/16.

* Cláusulas abusivas. (1117/1122 y 37)

* Contratos bancarios con consumidores y usuarios (1384/1389 y 36)

Como veremos, la regulación no es siempre coincidente. En caso de que suceda esto, la regla es:

1) El CCC, junto con la Constitución Nacional, es el "piso mínimo de derechos para el consumidor"

2) La LDC es ley especial y puede ampliar esos derechos

3.4. Relación de Consumo. Noción de proveedor y de usuario o consumidor. Personas "equiparadas" al consumidor. Relación de consumo y contrato de consumo.

III. 3.4. 1. Relación de consumo

Nuestra Constitución Nacional, en su art. 42, concede un plexo de derechos al consumidor, en tanto y en cuanto es parte de una **"relación de consumo":**

Artículo 42.- 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.

Sin embargo, nuestra Carta Magna no define a la "relación de consumo", lo que permitió a la doctrina y jurisprudencia sostener que se trata de un vínculo que puede ser de carácter contractual o extracontractual, según el caso.

Así, por ejemplo, Highton de Nolasco afirmó que *"independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo. El propio art.42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a* ***todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una***

consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios". [52] (la negrita es nuestra).

Como se ve, la noción de relación de consumo es más amplia que la de contrato de consumo.

Pensamos que la relación de consumo es de naturaleza obligacional y como tal tiene como uno de sus elementos a la causa fuente o fuente de la obligación. La fuente contractual de la relación de consumo es el llamado **contrato de consumo**.

La **fuente extracontractual** se refiere a hechos dotados de virtualidad jurídica[53] como para vincular a consumidores con proveedores. En palabras de Highton de Nolasco, son **todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.** Son anteriores a cualquier contrato que celebre el consumidor con el proveedor.

En última instancia, la causa fuente de la relación de consumo será siempre un hecho jurídico (contractual o no). Por ende, el "contrato de consumo" es solamente una de las posibles fuentes de las relaciones de consumo[54].

Por ejemplo, la **publicidad** que se haga de un producto o servicio, tiene efectos jurídicos (art. 8 LDC y 1103 CCC). Lo mismo ocurre con una **oferta**, en los términos del art 7º LDC, o la **información** que se brinde a un cliente que ingresa al local o consulta telefónicamente (arg. art. 4 LDC y 1100 CCC) Son todos actos anteriores e independientes de una eventual y posterior contratación y, sin embargo, igualmente resultan causa fuente de la relación de consumo. Dicho de otra manera, aunque todavía no haya contrato, igual puede haber relación de consumo. Por ejemplo, cuando un

---

[52] (conf. Rinessi, Antonio J., "La desprotección de los usuarios viales, Revista de derecho de daños nº 3, Accidentes de tránsito "III. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 1998, p.111/137)

[5353] En ese sentido, es ilustrativa la definición de causa fuente de las obligaciones que surge del art. 726 CCC, la que evoca el concepto de "hecho jurídico" que, a su vez, aparece definido en el art. 257 CCC.

[54] El tema tiene importancia porque la LDC, luego de la reforma de la ley 26.361, hace eje en el concepto de "relación de consumo", en sintonía con el art. 42 de la Constitución Nacional. El CCC, en cambio, parece hacer eje en el concepto de "contrato de consumo" y trata a la relación de consumo "dentro" del Titulo III del Libro Tercero, titulo denominado, justamente "contratos de consumo". Sin embargo, una interpretación armónica entre la LDC y el CCC conseguirá que las diferencias entre ambos ordenamientos sean metodológicas, en lugar de conceptuales. De todas maneras, no nos parece prolijo el tratamiento del tema en el CCC.

proveedor hace una publicidad, ya se está vinculando jurídicamente con consumidores potenciales, (arg. conf. arts 8 y 19 LDC), ya hay relación de consumo y, por ende, el consumidor ya goza de la protección del art. 42 de la CN.

Volviendo a la LDC, en su actual texto, el art. 3º nos dice que "*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.".*

En igual sentido lo establece el CCC: *"ARTICULO 1092…Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor."*

Lo único que nos indica esta frase es que el legislador buscó ampliar el ámbito de aplicación de la LDC y del CCC y no ceñirse a la existencia o no de un contrato de consumo.

El "*vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario",* podrá tener fuente contractual o no (como en el caso de la oferta o la publicidad antes mencionados). Incluso, no será necesario desentrañar si entre proveedor y consumidor hay contrato o aún no se había formado el consentimiento.

Por ejemplo, el caso de una persona que ingresa a un hipermercado y resbala con una mancha de aceite que estaba en uno de los pasillos. Algunos pueden pensar que ya había contrato, desde el momento en que el consumidor ingresó en el local (el permitirle el ingreso por parte del propietario del hipermercado y el ingresar por parte del consumidor conductas que formaron el consentimiento en forma tácita). Otros pueden pensar que aún no había ningún contrato pero, en cualquiera de los dos casos, parafraseando a Highton de Nolasco, el ingresar al local es, por lo menos, un ***antecedente*** de un futuro contrato de consumo. Dicho de otra manera, aunque no haya contrato, al ingresar al local nace un vínculo jurídico (que llamamos relación de consumo) entre proveedor y consumidor. De este vínculo, nace, entre otros, el deber de prestar un servicio que no presente *"peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios"* (arg. conf. art. 5º LDC).

Por lo tanto, como primera conclusión, debemos resaltar que los derechos que tiene el consumidor, (a la salud, seguridad, protección de sus intereses económicos, información; libertad de elección, y condiciones de trato equitativo y digno), no los tiene por haber hecho un contrato con el proveedor, sino que los tiene por el mero hecho de haber entablado una relación de consumo con este (arg. conf. arts. 42 CN y 3º LDC). Ni la Constitución Nacional ni la LDC nos dicen expresamente cuando empieza y cuando termina la relación de consumo, pero los distintos artículos de la LDC (vgr. 4, 5, 7, 8, 8bis, 19, etc.) nos permiten inferirlo. Por ejemplo, el consumidor tiene derecho a ser informado antes de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo.

En cuanto al CCC, de la lectura del art. 1096 y sgtes, surge que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, referidas a los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, libertad de contratar, información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad, son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no. Es decir, que no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta sino también a los consumidores potenciales o indeterminados.

Al respecto, es ilustrativo un párrafo del dictamen del Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales de la ciudad de Córdoba, en el anteriormente mencionado fallo de autos **"CARRIZO, NANCY BEATRIZ C/ SANATORIO ALLENDE S.A.- ORDINARIO- DAÑOS Y PERJ.- OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRACONTRACTUAL- RECURSO DE APELACIÓN".** Se subrayan conceptos que nos parecen destacados y en notas al piea irán nuestras acotaciones para ver como algunos de estos temas ahora se encuentran regulados en el CCC:

"En nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad a la ley 24240, en su art. 1, podemos clasificar las siguientes situaciones, siguiendo a la doctrina patria (Lorenzetti, Ricardo, Tratado de los Contratos, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2004, Tomo 1, Pág. 151):

1) <u>El afectado o expuesto a prácticas comerciales</u>: en referencia a situaciones como la publicidad ilícita. Es posible arbitrar mecanismos de carácter preventivo.[55]

[55] Ver arts. 1101 y 1102 CCC.

2) Legitimación para la defensa de bienes colectivos: no hay, al igual que en el supuesto anterior, un contrato, pero los consumidores organizados pueden demandar sobre la base de las normas que protegen los bienes colectivos.

3) El cesionario: coincidimos con Lorenzetti, que lo considera contratante, ya que al transferirse la posición contractual debe gozar de las mismas prerrogativas que el cedente.[56]

4) El tercero beneficiario: es un tema discutido. Se trata de contratos a favor de terceros, en los que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que al ser accesorio de la relación base y siendo ésta de consumo, también lo es.

5) El usuario: es quien usa sin contratar, pudiendo ser un invitado, un familiar o un tercero. En nuestra legislación está equiparado al consumidor.[57]

Desde esta perspectiva, explica Lorenzetti que el consumidor puede ser un individuo o un grupo, aspecto que está expresamente contemplado en la legislación brasileña y que permite un tratamiento adecuado de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

La ley argentina, no contiene una regulación expresa, no obstante lo cual contempla que el consumidor puede contratar "en beneficio propio o de su grupo familiar o social", incluyendo entonces una vía indirecta de presencia de intereses colectivos a través de la actuación individual del consumidor en beneficio de un grupo."

III. 3.4.2. El art. 36 de la LDC

El capitulo VIII de la ley 24.240, ley de Defensa del Consumidor (LDC) ostenta el titulo "DE LAS OPERACIONES DE VENTA DE CREDITO".

[56] Ver. art. 1637 CCC, por el cual el cesionario asume todos los derechos que tenía el cedente.
[57] Ver art. 1092, segundo párrafo CCC.

El capitulo mencionado está integrado por un solo artículo, el 36, que se refiere a todos aquellos proveedores que realicen operaciones financieras para consumo u otorguen créditos para el consumo.

La terminología no es nada clara, pero con las expresiones “operaciones financieras para consumo” y “créditos para el consumo” se busca abarcar tanto la hipótesis de que quien financie sea el propio proveedor de un bien o servicio, o un tercero.

Así, el artículo es aplicable a mutuos [58] (bancarios o no) destinados a financiar la adquisición de “bienes o servicios” (para usar la terminología del art 1º LDC) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Aquí, el que financia es un tercero, no quien ofrece el bien o servicio.

Aprovechamos para destacar que en el Código Civil y Comercial (CCC) el mutuo tiene una doble regulación: El mutuo “común”, en los arts. 1525 a 1532, mientras que el mutuo o préstamo bancario está alcanzado por los artículos 1378 a 1383, 1384 a 1389 si te trata de un contrato de consumo y, además, una disposición especifica, el art. 1408.

Siguiendo con el art. 36 LDC, el mismo también se aplicaría a una compraventa de consumo a crédito, donde quien financia es el propio vendedor. [59]

El anterior art. 36 solo hablaba de “*operaciones de crédito para consumo*”, crédito que podían otorgar entidades financieras u otras personas como, por ejemplo, el propio vendedor. Ahora se agrega la expresión “*operaciones financieras para consumo*”, con el propósito de ampliar el campo de aplicación de la norma. En realidad, ni “operaciones de crédito para consumo”, ni “operaciones financieras para consumo”

[58] El caso del mutuo es meramente ejemplificativo. También podría ser el caso de un leasing financiero (ver art. 1231 incs. a, b y c del CCC), es decir, aquella operación mediante el cual el usuario que requiere de un determinado bien o equipo, solicita a una entidad financiera o empresa especializada en “Leasing” que lo adquiera y se lo entregue en uso y goce, con opción de compra, contra el pago del valor residual.
[59] También sería el caso del "leasing operativo", donde el fabricante del bien o quien tiene la facultad de comercializarlo se lo entrega al consumidor para que éste lo utilice por un periodo de tiempo, contra el pago de una cuota periódica de dinero, teniendo la opción de adquirir el bien a un precio residual. (ver art. 1231 incs. d y f.)

son expresiones que denoten precisión o vocabulario jurídico. Por empezar, el legislador se refiere a contratos y/o actos jurídicos cuya finalidad es posibilitar al consumidor contar con los medios necesarios para adquirir un bien o servicio. Esto puede lograrse, sea facilitándole una suma de dinero para la adquisición de contado del bien o servicio (caso de un mutuo), sea entregándole el bien o servicio y cobrándoselo en forma diferida o fraccionada (Caso de la "venta a crédito", por ejemplo)

El art. 36 LDC fue modificado por la ley 26.361 y por la ley 26993. En su actual texto, dispone que en la documentación que consigne dichas operaciones, deban figurar las siguientes precisiones:

"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."

Si el proveedor omite incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, *"**el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas.** Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario."* (conf. art 36, que adopta igual solución, para el caso de nulidad, que el art. 37 LDC)

Además, el mismo art. 36 establece que *"En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo* ***deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual.*** *Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la* ***tasa pasiva anual promedio*** *del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato."*

La tasa de interés efectiva anual debe diferenciarse de la tasa nominativa anual. Como la palabra lo indica, la tasa efectiva es la que "efectivamente" paga el tomador del préstamo.

La tasa efectiva es la que tiene en cuenta "la forma en que se van a capitalizar los intereses".

No es lo mismo un 10% de interés anual pagadero en cuotas mensuales pero sin capitalizar, que ese 10% de interés anual pagadero en cuotas mensuales capitalizables mensualmente. Lo que se pague en concepto de intereses al final del año va a ser distinto.

En el primer caso (10% de interés anual pagadero en cuotas mensuales pero sin capitalizar), sobre un capital de $10.000 se pagan anualmente $1000 en concepto de intereses.

En el segundo caso (10% de interés anual pagadero en cuotas mensuales capitalizables mensualmente) sobre un capital de $10.000 se pagan anualmente $1047,131 en concepto de intereses (o $1047, si se redondea a favor del tomador. Por lo tanto, a una tasa nominal anual del 10%, corresponde, si los intereses se capitalizan mensualmente, una tasa efectiva anual de 10,47%.)

En definitiva, al que va a pagar, lo que le importa es conocer la tasa de interés efectiva.

Por eso, el art. 36 LDC impone que *"En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo* ***deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual…"*** y **castiga tal omisión sancionando al proveedor**, determinando que solo podrá cobrar una tasa considerablemente menor, tal como es, *"la* ***tasa pasiva anual promedio*** *del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato."*

También es importante conocer, cuando el crédito se va a ir cancelando mediante pagos parciales y periódicos (las "cuotas") como se "amortiza" dicho crédito, es decir, como se va cancelando el capital prestado. La parte del capital prestado que se cancela en cada uno de esos pagos parciales es una amortización.

Los métodos más frecuentes para repartir el importe en el tiempo y diferenciar cuanto se paga en concepto de capital y cuanto en concepto de intereses con cada cuota son el sistema Francés, Alemán y el Americano. Las condiciones pactadas determinan cual de los sistemas se utilizará.

El sistema Francés consiste en determinar una cuota fija (la cuota es igual todos los meses, lo que varía es la composición, o sea, el porcentaje de capital y de intereses que se paga cada mes). Mediante el cálculo apropiado del interés compuesto se segrega el principal (que será creciente, cada cuota amortiza más capital) de los intereses (decrecientes, en cada cuota se pagan menos intereses).

En el sistema Alemán, o sistema de cuota de amortización fija, la amortización de capital es fija, por lo tanto los intereses y la cuota total serán decrecientes. Cada mes se paga menos cuota. Se caracteriza porque el interés se paga de forma anticipada en cada anualidad.

El sistema Americano establece una sola amortización única al final de la vida del préstamo. A lo largo de la vida del préstamo solo se pagan intereses. Al no haber pagos intermedios de capital, los intereses anuales son fijos.

Por la importancia de esta información, el art. 36 LDC establece que deben consignarse *"El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses".*

Además de la tasa efectiva anual y del sistema de amortización del capital, al que toma un préstamo le importan conocer "los otros gastos" que estarán a su cargo y que impactarán en el monto total que se deberá abonar. Por ello, como vimos, el art. 36 LDC establece que deben consignarse "*Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere".*

Por otra parte, con la reforma efectuada por la ley 26.993, el artículo en cuestión declara que "***Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo****, en los casos en que las*

*acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, **siendo nulo cualquier pacto en contrario**."* (la negrita y el subrayado es nuestro)

III. 3.4.3. Regulación de las operaciones "atadas" o vinculadas: Una aplicación especifica de la teoría de la conexidad contractual

A los fines del análisis de esa cuestión en el marco del artículo 36 que venimos comentando, diremos que los "contratos conexos" presentan una configuración especial: "conviven", se necesitan unos con otros y constituyen un sistema. No es posible pensarlos aisladamente, ya que su existencia se explica en base a su celebración masiva y conjunta.

Al respecto, el artículo 36 LDC dispone que "*La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado."*

Este artículo debe interpretarse en conjunto con el 8º LDC, para darle su correcto campo de aplicación.

Por ejemplo, por supuesto que si del boleto de compraventa de un inmueble en régimen de prehorizontalidad surge que la escrituración está condicionada al otorgamiento a favor del comprador-consumidor de un mutuo con garantía hipotecaria por parte de un determinado banco, el no otorgamiento de dicho préstamo producirá la resolución del boleto sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

Pero esta disposición también se aplica en el mencionado caso, si en la publicidad previa a la firma del boleto se formularon precisiones en el sentido de que la compraventa era financiada por una entidad bancaria, aún cuando en el boleto de compraventa no surja expresamente que la escrituración está condicionada al otorgamiento a favor del comprador-consumidor de un mutuo con garantía hipotecaria por parte de un determinado banco. [60]

III. 3.4.4. Autoridad de aplicación

Si bien el art. 36 establece que "*El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley"*, esto no significa que ese organismo sea el encargado de aplicar sanciones a los bancos y demás entidades financieras por incumplimientos a la LDC.

El poder de policía bancario o financiero que ejerce el BCRA se vincula estrictamente con la implementación de la política económico-financiera, para lo cual está facultado para sancionar las inconductas en que incurran las entidades financieras en tanto referidas al ámbito de competencia específica. En cambio, la Secretaría de Comercio Interior, está a cargo del control de la actividad bancaria en aquello que se relacione con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor. Se le ha

---

[60] Sobre el tema, puede verse "La ley de prehorizontalidad y su necesaria integración con el Estatuto del Consumidor", de Jorge Oscar Rossi, publicado en el diario "El Derecho" (ED tomo 216). El fallo que allí se analiza, ("CUEVA, Liliana Beatriz c/ LIBERTADOR 5665 S.A. s/ daños y perjuicios", del 14 de diciembre de 1999), el Dr. Molteni, vocal preopinante de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sostuvo que "En principio, parece evidente admitir, que las partes preveían que el saldo de precio que la compradora debía abonar al tiempo de otorgarse la posesión y formalizarse la venta (u$s 84.497), podía ser afrontado mediante la financiación bancaria que la propia empresa vendedora ofrecía. En este sentido resultan elocuentes **los avisos** donde se promocionara la venta de las unidades del edificio construido por la demandada, donde expresamente se consignaba que el saldo podía afrontarse "con la mejor financiación" o expresamente se indicaba la posibilidad de pagarlo en "180 cuotas con la mejor financiación", por lo que **el rol financiero que se le asignaba en tales propagandas al Banco Societe Generale, en realidad, no parece referido a la financiación del emprendimiento edilicio de la emplazada, sino concretamente a la posibilidad de que los compradores adhirieran a los planes de préstamos** hipotecarios de ese banco, para de ese modo saldar el precio..." (la negrita nos pertenece) Esta circunstancia es confirmada en autos al acompañarse una comunicación del citado banco donde se le ofrece a la actora "condiciones preferenciales de tasas y mínimos requisitos".
Estos elementos resultan determinantes para el vocal, quien entiende que "aunque las informaciones vertidas en los medios de comunicación o en las simples tratativas personales, estén desprovistas de función de propuesta de contrato, de todos modos, **en tanto sean determinantes de la celebración del negocio, comprometen la responsabilidad a brindar en los hechos aquello que ofrecen**, tal como lo han representado". (la negrita nos pertenece) En el material complementario publicamos el fallo y la nota.

atribuido el ejercicio de la policía del consumo, independientemente de la repercusión que la actividad financiera de la entidad tenga en el mercado.

Como ha dicho la jurisprudencia, *"...se puede observar -con claridad- que se trata del control de cumplimiento de dos clases de obligaciones o materias diferentes: por un lado, el poder de policía financiero, que ejerce el Banco Central, y por el otro el poder de policía del consumo, en cabeza de la Secretaría."* [61]

Añadimos que las atribuciones que la LDC da al Banco Central son muy específicas: Tomar "*las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo con lo indicado en esta ley*".

Se refiere a las operaciones descriptas en el mismo art. 36: operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios. Es lo que hizo con el dictado de la COMUNICACIÓN "A" 5460, titulada "PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS-MODIFICACIONES", que sustituye así las Secciones 1., 2., 3. y 7. de las normas sobre "Protección de los usuarios de servicios financieros".

Las dudas sobre las atribuciones que la LDC da al Banco Central se producen porque la redacción del artículo 36 es muy deficiente.

Por citar algunos defectos, se usa inapropiadamente la palabra "jurisdicción" en lugar de "control" y el titulo del Capitulo VIII, "DE LAS OPERACIONES DE VENTA DE CREDITO", es directamente incorrecto, técnicamente hablando.

La nueva redacción del artículo dada por la ley 26.361 no mejora ese punto. Se limita a decir que el BCRA "*adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley*." Es decir, debe dictar las circulares necesarias a fin de establecer los nuevos requisitos de los "modelos de contratos

[61] C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 10/02/2000 - "Banco Caja de Ahorro S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", JA 2000-IV-299.

bancarios" incluidos en este artículo y controlar el cumplimiento del artículo por parte de las entidades financieras.

Ni en el viejo texto de la LDC ni en el actual se le atribuye al BCRA *competencia exclusiva* para sancionar a los bancos por incumplimiento al art. 36.

Por otra parte, si ahora con el actual texto del art. 25 LDC, los usuarios de los servicios públicos domiciliarios pueden presentar sus reclamos "ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley", parece todavía menos coherente que antes que en el caso de los bancos el BCRA tenga una competencia exclusiva, que impida a la Secretaria de Comercio Interior aplicar sanciones por infracción al art. 36.

Por otra parte, el art. 41 de la LDC designa una autoridad de aplicación de "toda" la ley, sin exclusiones.

Igualmente, la LDC no excluye a los contratos bancarios. Estos pueden ser "de consumo", cuando el adquirente del "servicio de financiación" (económicamente hablando, un mutuo es eso), usa ese servicio como destinatario final, es decir, no lo usa para financiar a terceros.

Lo mismo ocurre con el servicio que el banco presta con el contrato de caja de ahorro, plazo fijo, cuenta corriente, etc. Mientras se adquiera ese servicio para destino final, "en beneficio propio o de su grupo familiar o social", se dan los requisitos para ser considerado consumidor.

Por otra parte, la posición jurisprudencial mayoritaria se pronuncia a favor de esa interpretación. [62]

En síntesis, el poder de policía de consumo lo ejerce la Secretaría de Comercio Interior en todos los contratos de consumo, incluidos los del art. 36. BCRA tiene el

[62] "No existe norma que arbitre un desplazamiento de competencias a favor del BCRA en materia de policía de consumo y más específicamente para imponer sanciones por violación a la ley 24.240. El legislador se las ha adjudicado expresamente a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación, los gobiernos provinciales y/o la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires –hoy Gobierno de la Ciudad en forma concurrente (arts. 41 y 42). Luego, el argumento de la entidad financiera se encuentra desprovisto de todo sustento normativo, máxime cuando la propia carta orgánica del B.C.R.A. señala como función propia del organismo –entre muchas otras- el vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la ley de entidades financieras, mas no dispone que éste contralor sea de su exclusiva incumbencia (conf. art. 4, inc. B de la ley 24.144)."("Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, 14/06/2005).

poder de policía en materia financiera y sanciona a los bancos si no cumplen con la ley de entidades financieras y demás normativa al respecto. Además, como veremos en el siguiente punto, el propio BCRA limitó recientemente sus facultades sancionatorias ante incumplimientos de las normas de protección de los consumidores.

III. 4. El BCRA y las normas de "Protección de los Usuarios de Servicios Financieros"

III. 4.1. Introducción

La COMUNICACIÓN "A" 5460, del Banco Central de la Republica Argentina, titulada "PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS- MODIFICACIONES", fue emitida el 19 de julio y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de 2013. Se sustituyen así las Secciones 1., 2., 3. y 7. de las normas sobre "Protección de los usuarios de servicios financieros".

Posteriormente se añadieron otras Comunicaciones, por lo que, en la actualidad, el Texto Ordenado al 28/02/2020, incluye la Comunicación "A" 6917[63].

III. 4.2. Estructura

La normativa sobre "PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS" se divide en las siguientes secciones:

Sección 1. Disposiciones generales.
1.1. Partes.
1.2. Criterio general y supervisión.
Sección 2. Derechos básicos de los usuarios de servicios financieros.
2.1. Concepto.
2.2. Casos especiales.
2.3. Recaudos mínimos de la relación de consumo.
2.4. Publicidad de la información.
2.5. Información al Banco Central de la República Argentina.

[63] Fuente: http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/Texord/t-pusf.pdf Consultado el 27/05/20.

2.6. Trato digno.

Sección 3. Servicio de atención al usuario de servicios financieros.

3.1. Requisitos mínimos.

3.2. Controles.

Sección 4. Actuación del Banco Central de la República Argentina.

4.1. Consultas, sugerencias y quejas.

4.2. Reclamos no respondidos o con respuestas insatisfactorias.

4.3. Actuación en defensa del interés general de los usuarios.

4.4. Actuaciones de oficio.

Sección 5. Sanciones.

Sección 6. Disposiciones transitorias.

III. 4.3. Sujetos obligados

Conforme el punto 1.1.2., son sujetos obligados al cumplimiento de la normativa de Protección de los usuarios de servicios financieros:

* Entidades financieras.

* Casas, agencias y oficinas de cambio, excepto por las operaciones permitidas de conformidad con el art. 3ro. del Decreto N° 62/71.

* Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras.

*Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito.

* Terceros que desarrollen tareas relativas a servicios ofrecidos por los sujetos mencionados en los items anteriores o en su nombre, en cuyo caso ambos serán responsables por el cumplimiento de las presentes normas.

III. 4.3.1. Usuarios de servicios financieros

Por otro lado, se consideran Usuarios de servicios financieros, *"las personas físicas y jurídicas que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2., como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos.*

Forman también parte de esta categoría los deudores de créditos cedidos por las entidades financieras comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, independientemente de que hayan o no sido notificados fehacientemente de la transferencia de su obligación, así como los deudores de créditos adquiridos por entidades financieras por cesión." (conf. punto 1.1.1.)

III. 4.4. Regulación especifica

En varios temas, la normativa no hace más que repetir disposiciones de la LDC y, a lo sumo, tratar la cuestión con más detalle. Por ejemplo:

2.1. Concepto.

Los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en la relación de consumo respectiva, a:

- la protección de su seguridad e intereses económicos;

- recibir información adecuada y veraz acerca de los términos y condiciones de los servicios que contraten, así como copia de los instrumentos que suscriban;

- la libertad de elección; y - condiciones de trato equitativo y digno.

Los sujetos obligados deberán adoptar las acciones necesarias para garantizar estos derechos a todos los actuales y potenciales usuarios de los servicios que ofrecen y prestan, de manera de asegurarles condiciones igualitarias de acceso a tales servicios.

2.3.7. Interpretación.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el usuario de servicios financieros. Cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación se estará a la que sea menos gravosa.

En materia de **clausulas abusivas** resaltaremos con otro color algunos puntos que, si bien no constituyen una gran novedad, reflejan la adecuación de la normativa del BCRA a la actual tendencia jurisprudencial mayoritaria:

2.3.8. Cláusulas abusivas.

*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.*

2.3.9. Irrenunciabilidad.

Los derechos y/o facultades reconocidos al usuario por estas normas no pueden en

ningún caso ser dispensados ni renunciados.

En otros casos, las disposiciones de la Comunicación se complementan con la **Resolución 9/2004**. Por ejemplo, el inciso d) del Anexo III de la Resolución 9/2004 establece que

"En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios financieros y/o bancarios, serán consideradas abusivas las cláusulas que:…

… d) 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."

Por su parte, la COMUNICACIÓN "A" 5990 estipula que

…2.3.11. Seguros como contratación accesoria a un servicio financiero.

Comprende aquellos seguros que se contraten a los efectos de disminuir los riesgos

asociados a las financiaciones que otorgue el sujeto obligado.

2.3.11.1. Seguros de vida sobre saldo deudor.

Los sujetos obligados no podrán percibir de los usuarios ningún tipo de comisión

y/o cargo vinculado con estos seguros.

Dichos sujetos deberán contratar un seguro sobre saldo deudor con cobertura

de fallecimiento e invalidez total permanente respecto de aquellas financiaciones

otorgadas a personas humanas.

Alternativamente, podrán autoasegurar los riesgos derivados del fallecimiento e invalidez total permanente de los usuarios.

En ambos casos, la cobertura deberá extinguir totalmente el monto adeudado en caso de fallecimiento o invalidez total permanente del deudor.

2.3.11.2. Otros seguros.

Los sujetos obligados deberán ofrecer a los usuarios de servicios financieros por lo menos tres compañías aseguradoras no vinculadas entre sí entre las que deberán poder optar, y conservar constancia del ejercicio de ese derecho por parte de dichos usuarios.

III. 4.5. Ampliación del marco protectorio

Son varios los puntos "novedosos" que trata la norma. Destacamos los siguientes:

1) <u>Requisitos mínimos de los contratos financieros</u> (punto 2.3.1.1.)

** "Los contratos deben ser de clara redacción y con tamaño de tipografía mínimo de 1,8 milímetros de altura."*

** "Las cláusulas del contrato deben ser comprensibles y autosuficientes, correspondiendo tener por no escritas las que remitan a textos o documentos que no se proporcionen al usuario de servicios financieros en forma simultánea al momento de la firma del contrato."*

** "Los contratos como mínimo deben contener:*

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.

Personas físicas: nombres y apellidos completos, tipo y número de documento, CUIT/CUIL/CDI y domicilio. Personas jurídicas: razón social, CUIT y domicilio legal.

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."

2) <u>Prohibicion de comisiones injustificadas</u>

*"Todas las comisiones, cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto -**<u>excluyendo la tasa de interés</u>**- 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****."* (conf. 2.3.2.1.)

Por tanto, **la modificación** de dichas comisiones cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto que los sujetos obligados perciban o pretendan percibir de los usuarios de servicios financieros **deben estar debidamente justificados desde el punto de vista técnico y económico.** (conf. 2.3.4), con el agregado que se debe seguir este mismo parámetro **también <u>para los incrementos</u> en las tasas de interés**. Es decir, **respecto de la tasa de interés**, que la tasa pactada surge del "libre juego de la oferta y demanda", **pero los aumentos deben estar justificados en mayores costos.**

3) <u>Actuación del Banco Central de la República Argentina</u> (coordinación con la autoridad de aplicación de la LDC)

Esto está relacionado con lo que mencionábamos antes, cuando nos referíamos a las atribuciones que la LDC da al Banco Central.

Según el punto 4.2, *"Cuando el usuario de servicios financieros reciba de la entidad una respuesta que no considere satisfactoria o transcurra el plazo de diez (10) días hábiles desde el momento de haber presentado al sujeto obligado su reclamo sin haber recibido respuesta alguna, podrá informar lo ocurrido al BCRA –por alguno de los medios habilitados–,…"* a efectos de que el BCRA analice las prácticas y conductas de los sujetos obligados en relación con la normativa aplicable, y pueda identificar el universo de usuarios alcanzados y, de advertir incumplimientos, ejercer sus facultades disciplinarias.

Paralelamente, se remitirán las presentaciones recibidas a las autoridades administrativas con competencia en defensa del consumidor para su tramitación y respuesta individual al usuario. Todo lo anterior es sin perjuicio de las acciones administrativas o judiciales que pudieran ejercer los usuarios de servicios financieros. (punto 4.2.2).

De esta manera, el BCRA no se ocupa de denuncias individuales, limitándose a derivarlas a la autoridad de Defensa del Consumidor.

En cambio, el BCRA mantiene la facultad de tramitar las denuncias colectivas realizadas por las asociaciones de defensa de los consumidores, cuando de ellas surja la posible afectación de intereses generales de los usuarios de servicios financieros como consecuencia de presuntos incumplimientos de los sujetos obligados (punto 4.3).

Con estas modificaciones el BCRA le da mayor protagonismo al sistema administrativo de protección de los consumidores, evitando la superposición de "organismos sancionadores" que, en la práctica, más que controlar generan conflictos de competencia.

III. 5. Caso de las cláusulas de "elección de proceso": Los mutuos hipotecarios con "régimen especial de ejecución" y la invalidez de la renuncia anticipada de derechos por parte del consumidor (art. 37 LDC)

En ese sentido, algunos jueces consideraron que **el régimen especial de ejecución de hipotecas, muy favorable para el acreedor, regulado en los arts. 52 a 67 de la ley 24.441** resultaría contrario a la ley 24.240 y a la Constitución Nacional, por entenderse que

"El artículo 54 de la ley 24.441 resulta decididamente violatorio de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (art. 17 de la Const. Nacional y 31 de nuestra Provincia) en cuanto establece que "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley", como asimismo de lo contemplado en los Tratados Internacionales citados precedentemente. La mera comparación de ambos textos pone en evidencia la incompatibilidad entre ellos.-
Del artículo 54 de la 24.441 surge que acompañados los instrumentos exigidos por la

propia ley puede obtenerse la tenencia del inmueble sin sentencia judicial. Más aún, de encontrarse ocupado, el lanzamiento se llevará a cabo mediante un escribano designado por el acreedor con amplísimas facultades (requerir auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa deudor). Finalmente, el propio precepto legal despeja toda clase de dudas sobre el tema: "todo este procedimiento tramitará in audita parte", como si se tratara de una medida cautelar, lo que no es.-
En definitiva, surge claramente la violación del art. 17 de nuestra Constitución Nacional (y 31 de la Const. Prov.) al no requerirse "sentencia fundada en ley" -por éste exigida- para adquirir la tenencia del bien a subastar; subasta que, además, se llevará adelante sin ningún tipo de intervención judicial (art. 57 de la ley 24.441).”

“Por otro lado, en cuanto a que la ley 24.441 también se encontraría en pugna -según el Juez de la instancia anterior- con la ley de Defensa del Consumidor, en primer lugar debemos considerar si a la operación de mutuo hipotecario materia de autos puede aplicársele la pretendida ley.-
Para ello debemos tomar en cuenta el art. 36 de dicho cuerpo legal referido a las "operaciones de venta de crédito", que en un sentido amplio, incluye a todo otorgamiento de crédito para la adquisición de cosas o servicios para el consumo o uso personal. Además, la regla no alude exclusivamente al crédito que el vendedor o prestador del servicio puede dar al consumidor o usuario, sino también al crédito que un tercero otorgue para estos fines.-
De la escritura glosada a fs. 14/23 surge la finalidad del otorgamiento del crédito que ha dado origen a estas actuaciones, cual es la ampliación de la vivienda única, familiar y de ocupación permanente del Sr. Adolfo Héctor Pozzi (ver cláusulas 1ra y 2da).-
En consecuencia, estimo que la ley 24.240 de Defensa del Consumidor resulta aplicable al mutuo hipotecario que aquí se intenta ejecutar.-
Ahora bien, la cláusula diecisiete de la escritura acompañada resulta contraria al art. 37 del mencionado cuerpo legal, pues se trata de una cláusula que importa la renuncia o restricción de los derechos del consumidor (dueño de la vivienda y deudor de la entidad bancaria) y una ampliación de los derechos de la parte demandante (argto. art. 37 inc. b Ley 24.240).-
En el artículo 37 de la ley 24.240 se trata de proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual, que ha sido quebrantado, en este caso, por la

conducta abusiva de la entidad bancaria.-
Los sujetos intervinientes han emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento (en este caso en la cláusula 17 - art. 1197 del Cód. Civil), pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación y una mera adhesión de la más débil (art. 37 de la ley de Defensa del Consumidor - 24.240).”

Todo lo anterior fue expresado por la vocal preopinante, Dra. Nélida I. Zampini, en autos "Citibank NA c/ Pozzi Adolfo H. s/ ejecución hipotecaria" - CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - SALA II - 17/06/2004.

Sin embargo, esta postura no es nada pacifica en la jurisprudencia, como puede verse en autos “Banco Hipotecario Nacional c. Fernández, Ricardo E. y otro”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 10/11/2005.

III. 6. Los títulos de crédito y la ley 24.240

III. 6.1. Introducción

Con la denominación “títulos valores cartulares”, el CCC brinda una caracterización en los arts. 1830 y 1831:

ARTICULO 1830.- Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado.

ARTICULO 1831.- Literalidad. El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.

Vale decir, se trata de un documento que es **necesario**, no para la validez y/o la prueba, sino **para ejercer** un derecho. Sin documento, no hay derecho y, por otro lado, solo el que tiene el documento, tiene el derecho.

Además, ese derecho tiene dos características:

1) es **literal:** Es decir, el contenido del derecho es el que figura en el documento. El contenido, extensión y modalidades del título de crédito, dependen exclusivamente del tenor literal del título.

2) Es **autónomo:** Es decir, el derecho no es adquirido en forma derivada. El nuevo titular no es sucesor del sujeto que le transfirió el título de crédito, sino que lo adquirió en forma originaria. El portador legítimo toma la calidad de titular originario del título de crédito y de todos los derechos incorporados en éste, de forma tal que ejerce un derecho propio, distinto e independiente de las relaciones jurídicas existentes entre los anteriores poseedores del título y el deudor. La principal consecuencia de este principio radica en que durante la circulación del documento con el derecho incorporado, no sobreviene una acumulación de vicios o defectos que pudieran ser gestados en cada transferencia, dando fundamento a excepciones de carácter personal[64].

Dentro del género titulo de crédito, la especie denominada "papel de comercio", cuyos exponentes más famosos son el pagaré, la letra de cambio y el cheque, agregan otra característica: la abstracción. Es decir, el negocio que sirvió de base para su libramiento, (vgr. un mutuo o una venta a crédito para financiar una compraventa de consumo) no es mencionado en él documento y su contenido está reducido a la pura obligación de pagar una suma de dinero. El negocio causal para a ser irrelevante en orden a exigir el cumplimiento del derecho incorporado en el título.

Tomemos el caso de un pagaré. Es un "papel" muy común para documentar un "préstamo personal" (es decir, sin garantía real). En la práctica, muchas operaciones financieras para consumo o de créditos para el consumo, en la terminología del art. 36 LDC se documentan con pagarés.

El pagaré es un papel de comercio y un titulo ejecutivo y es, en ese doble carácter, un titulo abstracto:

[64] Ahora, esa característica se encuentra descripta en el art. 1816 del CCC.

Como papel de comercio, es abstracto (art. 283 CCC y 1821, a contrario sensu) por lo que, la falta de expresión de causa o la falsa causa nunca puede oponerse al tercero, portador de buena fe.

Como titulo ejecutivo, es abstracto por imperio de los arts. 523, inc. 5 *("Los títulos que traen aparejada ejecución son los siguientes:...La letra de cambio, factura de crédito, cobranza bancaria de factura de crédito, vale o pagaré, ..."*) y 544 inc.4 del CPCCN y sus similares 521 inc 5º y 542 inc 4º del CPCCPBA ("*Las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son:...4) Falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, **sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa**..."*)

Por lo anterior, si en el pagaré no figura la causa de su libramiento (vgr. un mutuo o una venta a crédito para financiar una compraventa de consumo) ¿es aplicable el art. 36 LDC para impugnar alguna de sus disposiciones?

Como veremos, la jurisprudencia recorrió un extenso camino para contestar este interrogante:

III.6. 2. Un caso interesante: Juicio ejecutivo e incompetencia de oficio por aplicación del art. 36 de la LDC

III. 6.2.1. Casuística

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la declaración de incompetencia de oficio efectuada en primera instancia, en la ejecución de un pagaré suscripto en Misiones y con el domicilio del librador ubicado en la ciudad de Posadas. La ejecutante es una entidad financiera y el librador una persona física, por lo que, aplicándose el art. 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor -texto según ley 26.361-, se consideró que resulta competente el juez del domicilio real del consumidor. El Tribunal consideró que cabe presumir que el pagaré tuvo como base una de las *"operaciones financieras para consumo o de crédito para el consumo"* mencionadas en el citado art. 36 y que, en todo caso, incumbe a la ejecutante probar lo contrario, pues es

“la actora, como entidad financiera profesional, predisponente de las condiciones y documentación de la contratación, quién está en mejor situación de aportar la prueba relativa a la afirmación de no tratarse la analizada de una operación de crédito para consumo, en el marco de una cuestión de competencia.”

Así lo dispuso la sala E, el 26 de agosto de 2009, en los autos ***“COMPAÑÍA FINANCIERA ARGENTINA S.A. V. CASTRUCCIO JUAN, C.”.***

Compañía Financiera Argentina S.A. promovió juicio ejecutivo contra Juan Carlos Castruccio con base en un pagaré. El título aparece suscripto en Misiones y del texto del mismo se desprende que el domicilio del librador está ubicado en la ciudad de Posadas, lo cual es coincidente con el domicilio denunciado por la ejecutante.

El juez de primera instancia se declaró incompetente de oficio y mandó archivar el proceso.

La decisión se fundó el lo previsto por el art. 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor -texto según ley 26.361- que prevé la competencia de los jueces correspondientes al domicilio de los consumidores para conocer en los procesos que se inicien con motivo de conflictos suscitados por operaciones financieras o de crédito para el consumo.

La ejecutante planteó contra el aludido pronunciamiento recursos de reposición y apelación subsidiaria, sosteniendo que el mentado art. 36 de la ley 24.240 no es aplicable al caso dado que se intenta ejecutar un pagaré, título abstracto que, a su criterio, no puede ser asimilado a un contrato, ni contiene indicación alguna que permita vincularlo a un contrato de consumo. Agregó que la relación o causa económico jurídica por la cual el pagaré se libró no es relevante cambiariamente y, eventualmente, negó que se trate de un crédito de consumo. Por otro lado, dijo que al momento de la firma del pagaré no estaba vigente la ley 26.361, que no puede ser aplicada retroactivamente.

El juez de grado rechazó el recurso de revocatoria y concedió la apelación subsidiaria.

En la Alzada, el Tribunal integrado por los Dres. Sala, Bargalló y Caviglione Fraga compartió el criterio del juez de primera instancia.

Así, el Dr. Sala, consideró que la regla ahora sentada por el art. 36 de la ley 24.240 "*no es nueva en el ámbito de las contrataciones bancarias y de crédito.* ***Véase que la ley de Tarjeta de Crédito 25.065: 14 "i" establece la nulidad de las cláusulas "que importen prórroga a la jurisdicción establecida", que no es otra que la del domicilio del titular o fiador (ley 25.065: 52).***

Por lo demás, no caben dudas de que el temperamento adoptado por esas normas constituye explicitación de cláusulas que, de forma general, la propia ley de Defensa del Consumidor ya reputaba abusivas e ineficaces en su versión original. ***En efecto, el art. 37 de la L.D.C. -que no sufrió modificaciones- dispone que cabe tener por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (inc. a); o que importen renuncia o restricciones de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte (inc. b).***

Eventuales pactos de prórroga de la jurisdicción territorial hacía un tribunal distinto del correspondiente al domicilio del consumidor sin dudas serían susceptibles de encuadrar en estos supuestos de ineficacia*."* (la negrita es nuestra)

En cuanto a la aplicación del nuevo art. 36 de la L.D.C, a una relación jurídica existente o nacida con anterioridad a su vigencia, el camarista recordó que, *"por imperio de lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil, las leyes -a partir de su entrada en vigencia-* ***se aplican aun a las consecuencias legales "en curso", extremo que se configura en la especie.****"* (la negrita es nuestra)

"Reiteradamente tiene dicho la C.S.J.N. en ese sentido que, ***para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido -bajo la vigencia de la norma derogada o modificada- todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata****; pero que, en cambio, no existe afectación de derechos adquiridos cuando la aplicación de la nueva norma tan sólo afecta los efectos en curso de una relación jurídica, aún nacida bajo el imperio de la ley antigua; es decir* ***que la ley derogada sólo rige respecto de los actos o hechos***

ocurridos durante ese tiempo y hasta la fecha en que entra en vigor la nueva ley, lo que descarta la inconstitucionalidad de una norma por su aplicación inmediata…"(la negrita es nuestra)

El punto más interesante es el encuadramiento del crédito ejecutado en el caso dentro de las operaciones regidas por el art. 36 de la L.D.C., dado que se pretendía ejecutar un pagaré.

Al respecto, el magistrado destacó que *"el art. 36 de la L.D.C. es aplicable, como ya se indicó, a las denominadas "Operaciones de venta de créditos" o financieras o de crédito para consumo.*

Su aplicabilidad esta supeditada a que se registre alguno de los supuestos de hecho previstos en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor; esto es, en la medida en que el crédito otorgado esté destinado al consumo final del tomador –o de su grupo familiar o social-. Y, por oposición, quedará excluida la aplicación de la norma en la medida en que el destino de la financiación se vuelque a un proceso de producción, transformación o comercialización de bienes o servicios.

Aquí se ejecuta un pagaré librado por una persona física a favor de una entidad financiera. En ese contexto y ***tal como lo destacó la señora Fiscal General, las circunstancias personales de las partes imponen presumir (CPCCN: 163, 5) que se trata de una operación de crédito para consumo.*** *En efecto,* ***la ejecutante es una empresa profesional de crédito encuadrable, por lo tanto, en la definición de "proveedor" del art. 2 de la L.D.C.. Y, al propio tiempo, la ejecutada es una persona física con las características que el art. 1 de la L.D.C. requiere para estar en presencia de un "consumidor o usuario". Cabe presumir entonces que estamos ante una relación de consumo en los términos del art. 3 de la L.D.C..***

Eventualmente, ***si existiera alguna duda sobre el encuadramiento del caso y la aplicación de los principios establecidos en la 24.240, se impone la interpretación a favor del consumidor*** *(conf. art. 3 -segundo párrafo parte final- y 37 -segundo párrafo- de la L.D.C.); regla que no es sino reiteración del principio general contemplado en la legislación mercantil por el art. 218 inc. 7 del Código de Comercio, que impone interpretar las cláusulas contractuales ambiguas y dudosas siempre a favor del deudor.*

Por lo demás, ***la ejecutante no aportó elemento alguno destinado a desvirtuar esa presunción.*** *Destácase en ese sentido que,* ***de conformidad con las "normas del***

proceso" contenidas en el art. 53 de la ley 24.240 -texto según ley 26.631-, está en cabeza de los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. *De modo que, sin desatender las disposiciones sobre carga de la prueba que rigen en el marco de este tipo de juicios (CPCCN: 549 segundo párrafo), no puede soslayarse el deber de colaboración impuesto en la norma a los fines de la determinación de la competencia.*

Es evidentemente ***la actora, como entidad financiera profesional, predisponente de las condiciones y documentación de la contratación, quién está en mejor situación de aportar la prueba relativa a la afirmación de no tratarse la analizada de una operación de crédito para consumo, en el marco de una cuestión de competencia****.*

En ese contexto, ***no puede la quejosa limitarse a esgrimir que el título no contiene indicación alguna que permita vincularlo a un contrato de consumo y a negar que se trate de un crédito de consumo, ni mucho menos puede pretender que la carga de esa prueba se ponga en cabeza del ejecutado****."* (la negrita es nuestra)

Por otra parte, la apelante sostuvo que la ley 24.240 de Defensa del Consumidor no puede ser aplicada en el marco de un juicio ejecutivo basado en un título abstracto como el pagaré, que no puede ser asimilado a un contrato, ni contiene indicación alguna que permita vincularlo a un contrato de consumo, y puesto que, eventualmente, **la relación o causa económico jurídica por la cual el pagaré se libró no es relevante cambiariamente.**

Por el contrario, para el Dr. Sala, *"a los* ***fines de la determinación de la competencia y en la medida en que por medio de un juicio ejecutivo*** *(CPCCN, título 2, arts. 520 y ss.)* ***se procure la satisfacción de una deuda contraída con el objeto adquirir bienes para consumo*** *-lo cual quedó en el caso determinado a tenor de los considerado en el punto 2 c) precedente-,* ***no puede dudarse de la directa aplicabilidad las normas protectorias contenidas en la ley de Defensa del Consumidor****."* (la negrita es nuestra)

Es que, *"…a los efectos de dirimir la competencia, no cabe soslayar que las normas que rigen el juicio ejecutivo* ***son, en definitiva, disposiciones meramente***

procesales o de forma, que deben armonizarse y coordinarse con todo el ordenamiento vigente *(C.N.: 31 y CPCCN: 34, 4).* ***Se debe respetar entonces la jerarquía de la Constitución Nacional y de la Ley de Defensa del Consumidor –que en definitiva es reglamentaria de la cláusula constitucional contenida en el art. 42,*** *en cuanto establece el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos-, que* ***evidentemente prevalecen sobre la normativa tanto procesal, como de fondo vinculada a los títulos cambiarios****."* (la negrita es nuestra)

Además, lo anterior *"no implica, en modo alguno, abrir la discusión sobre aspectos* ***causales o desvirtuar el limitado ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo****. Véase que, tal como lo destacó la señora Representante del Ministerio Público, el CPCCN: 544-4* ***sólo veda examinar "la legitimidad de la causa de la obligación" en el marco de la excepción de inhabilidad de título****."* (la negrita es nuestra)

Por último, si bien no procede la declaración de incompetencia de oficio fundada en razón del territorio (art. 4 tercer párrafo del CPCCN.), *"...no cabe soslayar a los fines en debate que* ***la ley de Defensa del Consumidor es "ley especial" y "ley posterior" respecto de los Códigos de Procedimientos, además de ley de "orden público" (art. 65); por lo cual, como allí se otorga al consumidor un régimen especial derivado de su debilidad intrínseca en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios, sus normas son de aplicación imperativa*** *y, como también ya se dijo, deben tenerse* ***como modificatorias de la legislación sustancial y procesal, en todo aquello que esté regulado de forma incompatible****.*

Ello implica que en todo lo atinente a conflictos vinculados con operatoria de financiaciones destinadas al consumo ***las reglas generales de atribución de competencia establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación deben ceder*** *frente a la normativa sustancial, en tanto no se ajusta a lo dispuesto por el art. 36 de la L.D.C."* (la negrita es nuestra)

Por lo expuesto, se resolvió desestimar el recurso de apelación y confirmar la decisión apelada.

Sin embargo, la jurisprudencia resuelve en sentido dispar. Por ejemplo, en el fallo de autos "GE Compañía Financiera S.A. v/ Pizarro Luis, I", de la Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Comercial, sala C, del 9 de junio de 2009, se resuelve en igual sentido

En cambio, en “Luna Cooperativa de Crédito Vivienda y Consumo Ltda. C/ Ortega, Oscar Roberto s/ Cobro ejecutivo”, Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, del 11 de marzo de 2010, que resuelve en sentido contrario.

III. 6.2.2. La opinión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó la declaración de incompetencia de oficio efectuada por un Juzgado de Paz de Escobar, en la ejecución de un pagaré librado a la orden de una empresa dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo y con el domicilio del librador ubicado en Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas. El Máximo Tribunal bonaerense consideró que cabe presumir que el pagaré tuvo como base una de las “operaciones financieras para consumo o de crédito para el consumo” mencionadas en el art. 36 de la ley de Defensa del Consumidor, que establece que es competente, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. Por eso, declaró competente a la justicia de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de General San Martín.

Así lo resolvió, en los autos ***"CUEVAS, EDUARDO ALBERTO CONTRA SALCEDO, ALEJANDRO RENE. COBRO EJECUTIVO",*** del 1° de septiembre de 2010.

Eduardo Alberto Cuevas demandó ante el Juzgado de Paz de Escobar, a Alejandro Rene Salcedo por cobro ejecutivo de un pagaré cuyo domicilio de pago se fijó en esa localidad. Asimismo, solicitó un embargo.

El Juzgado de Paz de Escobar dispuso la apertura de la instancia y, con anterioridad al libramiento de las piezas pertinentes, se inhibió de entender en las presentes por considerar aplicable la ley de defensa del consumidor a la relación existente entre las partes y, por el domicilio del accionado -ubicado en Villa de Mayo,

Partido de Malvinas Argentinas-, ordenó su remisión a la Receptoría General de Expedientes de General San Martín a los fines de la asignación correspondiente.

El juez de Paz declaró de oficio su incompetencia, considerando que el art. 36 de la ley 24.240 (a partir de la reforma de la ley 26.361), constituye una disposición de orden público que exige -sin admitir pacto en contrario- que las controversias suscitadas a raíz del cumplimiento de los contratos de crédito para consumo tramiten ante la jurisdicción del domicilio del usuario.

Antes de producirse el envío, el actor se notificó de lo resuelto e interpuso una revocatoria, la que fue rechazada.

A su turno, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 del Departamento de San Martín, no aceptó su intervención y las elevó a la Suprema Corte.

Este magistrado entendió -en síntesis- que la competencia territorial es prorrogable en asuntos patrimoniales y que la declaración del juez de origen importó indagar en la causa de la obligación, aspecto prohibido en este tipo de pretensiones (conf. art. 542, C.P.C.C.).

En el Máximo Tribunal Provincial, el primer ministro en votar fue el Dr. Hitters, quien destacó que en el caso se presenta *"una problemática a la que el legislador nacional, al promover la protección a la parte débil del contrato financiero de consumo,* ***no ha dado una respuesta concreta.***

En efecto, ***si bien es cierto que el nuevo art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor impide la prórroga de jurisdicción en perjuicio del usuario e impone que las controversias respectivas tramiten ante los tribunales más próximos a éste****, no lo es menos que* ***al impedir los títulos abstractos toda discusión fondal sobre la causa de la obligación (art. 542, C.P.C.C.), no es posible -por regla- indagar más allá del documento para verificar si la convención que dio lugar al pagaré es efectivamente una de aquellas protegidas por el indicado precepto tutelar.***

Con lo que una interpretación literal de dichas previsiones (es decir, el art. 36 de la ley 24.240, por un lado y, por el otro, el art. 542 del C.P.C.C.) ***llevaría a entender que el amparo del consumidor contra las prórrogas de competencia queda acotado a las acciones promovidas sobre la base de convenciones "causales",*** *en las que sea*

posible examinar sus antecedentes para inspeccionar si se trata de una operación financiera para consumo." (la negrita es nuestra)

Cabe recordar que el citado art. 36, luego de la reforma realizada por la ley 26.361, establece que "*Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor."*

Los contratos regulados en dicho artículo son los que tienen por objeto "operaciones financieras para consumo" o las operaciones de crédito para el consumo.

También es importante tener en cuenta que la emisión de un pagaré o una letra de cambio no implica novación de la obligación "causal" anterior (arg. contrario sensu art. 61 y 103 del decreto-ley 5965/63. Es decir que, si de la relación que determinó la creación o la transmisión de la letra de cambio o del pagaré es un contrato de consumo, este subsiste, no obstante la creación o la transmisión de la letra o del pagaré.

Continuando con el voto del Dr. Hitters, este recordó que ya con anterioridad había señalado que *"la prohibición que rige en los procesos de ejecución, de ingresar en aspectos que hacen a la causa de la obligación constituye un pilar fundamental de los sistemas de enjuiciamiento "sumarios" (en el sentido técnico de la expresión) en los que se imponen restricciones al conocimiento de la relación jurídica fondal, con la reconocida finalidad de tutelar efectivamente el crédito, valor jurídico de repercusión social evidente.* ***Sin embargo, la división entre lo que constituye debate sobre la causa de la obligación, por un lado; y sobre las aptitudes ejecutivas del instrumento, por el otro, no siempre resultan tajantes e inmaculadas…"*** (la negrita es nuestra)

"En el sub discussio el judicante de origen indudablemente traspasó los límites del art. 542 del ordenamiento ritual, al juzgar -más allá del instrumento aportado junto con la demanda ejecutiva- que ***el accionante resulta cesionario de una empresa dedicada a operaciones financieras para consumo****, que frecuentemente tramita ante sus estrados el cobro de documentos de dicha índole.*

Sin embargo, al hacerlo, exteriorizó razones justificadas para resolver de ese modo, ***advirtiendo -con un criterio realista- la multiplicidad, por un lado, de procesos de idéntico tenor iniciados por la empresa Katefa S.A. (cedente), dedicada de modo***

profesional al préstamo de dinero para consumo, de conformidad con su objeto social; y, por el otro, la circunstancia de que los demandados en autos son personas físicas destinatarias final del crédito.

Con lo que, concluyó que en autos se configura una típica relación de consumo por lo que el accionante, vale también señalarlo, ***pretende el cobro de una suma acorde con dicha calidad negocial ($ 3.500).****"*

A su turno, otro de los ministros, el Dr. Pettigiani, agregó que *"habría quedado configurado así* ***un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley,*** *resultando justamente de las circunstancias consideradas por el sentenciante que la validación de lo actuado por el ejecutante al acudir al recurso de instrumentar originariamente la deuda derivada de dicha operación crediticia con un consumidor, en un título cambiario, para luego presentarlo a ejecución en un domicilio distinto del real de éste, so pretexto de hacerlo en el establecido al efecto por el ordenamiento jurídico y bajo la condición de no poder cuestionarse el origen o causa del crédito, atento los conocidos caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título,* ***habría importado contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo…"*** (la negrita es nuestra)

En definitiva, para este magistrado, *"sin perjuicio de la validez del domicilio de pago expuesto en el pagaré a los fines netamente cambiarios…y de que el mismo -o su sustituto-* ***de ordinario fija la competencia territorial*** *(arts. 1, 2, 101, 102, 103 y ccdtes. Dto.-Ley 5965/63),* ***no será posible atribuir a dicho domicilio esta última aptitud determinativa cuando el librador del título y ejecutado fuera consumidor de un crédito para consumo y su domicilio real estuviera indicado en el cartular*** *(como en el caso,…),* ***sin que -por las mismas razones dadas- una serie ininterrumpida de endosos pueda justificar una solución distinta*** *(arg. art. 18 in fine, Dto.-Ley 5965/63), bastando* ***a quien pretenda una mayor agilidad en el pago o negociabilidad de un crédito para consumo, a todo evento, requerir del librador-consumidor la emisión de un pagaré cuyo domicilio de pago coincida con su domicilio real*** *al tiempo de su otorgamiento…"*

Por lo expuesto, se decidió declarar competente al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 del Departamento Judicial de General San Martín.

III. 6.2.3. Un caso idéntico

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Zárate-Campana confirmó la declaración de incompetencia de oficio efectuada por un Juzgado de Paz de Escobar, en la ejecución de un pagaré librado a la orden de una empresa dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo y con el domicilio del librador ubicado en Lujan. Esta Cámara resolvió, un día antes, en igual sentido que la Suprema Corte de la Provincia en el caso que vimos supra, donde intervenía el mismo actor.

Así lo decidió, en autos ***"CUEVAS, EDUARDO ALBERTO C/ GALLARDO, ALEJANDRO ABEL S/ COBRO EJECUTIVO",*** del 31 de agosto de 2010.

La titular del Juzgado de Paz de Escobar resolvió declararse incompetente para conocer de la acción planteada, y ordenó la remisión de los actuados a la Receptoría de Expedientes del Departamento Judicial de Mercedes, a fin de que proceda a sortear el Juzgado Civil y Comercial que corresponda.

Fundó su decisorio en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, que dispone la improrrogabilidad de la competencia en las operaciones financieras para el consumo y en las de créditos para el consumo, resultando competentes para conocer los diferendos que se susciten con motivo de su ejecución, los jueces del domicilio del usuario, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Consideró que el vínculo entre las partes se encuentra comprendido por las previsiones de la ley 24.240, reformada por ley 26.361, dado que el título en ejecución fue emitido a favor de Katefa S.A. por el Sr. Alejandro Abel Gallardo, con domicilio en Santa Rosalía N°838 de la localidad de Luján. Expresa que la relación entre ambos se trata de una relación de consumo, atendiendo a las circunstancias personales de las

partes y las características de la operación de crédito instrumentada en el pagaré ejecutado, que dan cuenta de una dación de crédito para el consumo.

Aduce también que Katefa S.A. y el actor Eduardo Alberto Cuevas, quien se presenta en autos a ejecutar el pagaré en calidad de endosatario, se encuentran relacionados entre sí. En tal sentido, refiere que de la compulsa de actuaciones en trámite ante su Juzgado, surge que la Presidente de Katefa S.A. resulta ser la Sra. Susana Beatriz Torrilla, sociedad que otorgara poder general amplio de administración y disposición a favor de Eduardo Alberto Cuevas. Por otro lado, Eduardo Alberto Cuevas, resulta ser director suplente de Diesgon S.A., y que ambas empresas tiene igual objeto social, con idéntica actividad financiera y todas ellas se dedican al préstamo de dinero. A su vez, la a-quo manifiesta resultarle llamativo, que los comprobantes de gestoría de los juicios que iniciara Katefa S.A. son emitidos por Eduardo A. Cuevas y que en los juicios iniciados por Diesgon S.A. dichos comprobantes son emitidos por la Gestoría Integral Villa Suiza, perteneciente a la Sra. Susana Beatriz Torrilla. Destaca que actualmente los juicios de reciente iniciación, tiene origen en pagarés emitidos a favor de Katefa S.A., quien los endosa a favor del Dr. Eduardo Alberto Cuevas, actor en autos.

De las constancias vertidas, concluye que Katefa S.A., Diesgon S.A., Eduardo Alberto Cuevas y Susana Beatriz Torrilla conforman un mismo grupo económico, dedicados a la actividad de préstamo de dinero para consumo, encuadrando en la situación jurídica del art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor, la cual entiende de orden publico, aplicable al juicio ejecutivo. Entiende que aplicar la norma del art. 542 inc. 4 del CPCC, que impide investigar la causa de la cartular, vacía de contenido las previsiones de la LDC, no obstante entender que no abre un debate sobre la causa, sino que pondera objetivos elementos jurídicos del régimen aplicable a quienes asumen la calidad de litigantes.

Aduce que los demandados no se presentan en los juicios ejecutivos que se les promueven, probablemente porque les resulta difícil litigar en otro distrito, afectando su derecho de defensa en juicio. A su vez, concluye que siendo notorio que la mayoría de las operaciones de consumo son instrumentadas en pagarés, en el caso de tratarse de

compañías financieras o de firmas dedicadas a préstamos para consumo, deviene de aplicación obligatoria la L.D.C.

Por último, alega que la circunstancia de haberse endosado el título en ejecución a un tercero ajeno a la relación de consumo, nada modifica el caso, porque la simple transmisión del título no puede perjudicar al consumidor, soslayando la protección instituída en su favor.

La decisión es apelada y en la Alzada, la vocal preopinante es la Dra. Bentancur, quien destaca que *"**el actor aporta la cesión de derechos y acciones realizada entre él como cesionario y la firma Katefa S.A. como cedente**,...De su texto se desprende que el actor adquirió por la suma de $ 50.000 todos los derechos, créditos y derechos al crédito de la cedente, cuyos pagarés fueron firmados en su totalidad por clientes de esta última, que se encontraban impagos al momento de la cesión (Conf. Claúsula primera). En su cláusula quinta agrega: " Los pagarés que se entregan en esta cesión se encuentran llenos en su totalidad por la cedente, **manifestando ésta que los mismos provienen de ventas de artículos para el hogar, créditos en dinero en efectivo, o bien refinanciaciones de deudas. Los mismos fueron firmados por los deudores ante el personal del cedente, en las distintas sucursales del mismo**"*

*Esta **última cláusula revela el origen de la contratación entre la firma Katefa S.A. y el demandado Sr. Gallardo, que pudo haber tenido por base cualquiera de los negocios enunciados en la misma, pero resulta indudable que la suscripción del pagaré tuvo su origen en una relación de consumo.** Más aún, la firma de un pagaré para realizar cualquiera de los diferentes negocios que se mencionan en la cláusula (ventas de artículos para el hogar, créditos en dinero en efectivo, o bien refinanciaciones de deudas), encuadra en el supuesto de operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo, enunciadas por el art. 36 de la L.C.D. ya citado, por lo que no puede eludirse la subsunción de tal supuesto en sus previsiones."* (la negrita es nuestra)

Siendo compartido este criterio, se resolvió rechazar el recurso de apelación, y confirmar la resolución de primera instancia.

El caso es idéntico al que **un día después** resolvió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos ***"CUEVAS, EDUARDO ALBERTO CONTRA SALCEDO, ALEJANDRO RENE. COBRO EJECUTIVO".*** Allí el actor es el mismo, la cedente también es Katefa S.A. y el juzgado que se declara incompetente, por las mismas razones que aquí, es el Juzgado de Paz de Escobar.

III. 6.2.4. Plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial: la ley de defensa del consumidor prevalece sobre la "abstracción cambiaria"

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, resolvió que *"cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución", y que "corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor".*

Así se resolvió en autos **"CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. AUTOCONVOCATORIA A PLENARIO S/ COMPETENCIA DEL FUERO COMERCIAL EN LOS SUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE TÍTULOS CAMBIARIOS EN QUE SE INVOQUEN INVOLUCRADOS DERECHOS DE CONSUMIDORES",** del 29 de junio de 2011. El plenario fue convocado con el objeto de resolver la siguiente cuestión:

"En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal:

1. ¿Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución?

2. En caso afirmativo: ¿Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor?"

Nos parecen muy ilustrativos estos argumentos del voto de la mayoría:

* *"...la necesidad de dejar de lado la "abstracción cambiaria" se justifica, además,* ***para evitar un fraude a la ley.***

Conocido es nuestro país y en el extranjero que en las operaciones financieras para el consumo o de crédito para el consumo, las entidades suelen incluir una cláusula que establece la obligación para el prestatario de librar, en el mismo momento de la formalización de un préstamo u operaciones crediticias semejantes, un pagaré a la vista, generalmente en blanco, y a la orden de la entidad bancaria prestamista, en garantía de la obligación contraída y como instrumento de ejecución a su vencimiento*...Operaciones de este género responden a una estrategia que pretende lograr los siguientes objetivos: i)* ***eliminar el control del deudor a la hora de liquidarse la deuda****, de suerte que el banco puede completar el pagaré con la cantidad que juzgue pertinente, sin necesidad de rendir cuentas a nadie si hace una liquidación de modo distinto al pactado en el contrato y el saldo resultante es superior al que aparece en la cuenta abierta al deudor; ii)* ***ahorrar explicaciones al deudor,*** *pues la entidad financiera no tiene por qué notificarle el importe de la cantidad exigible; iii)* ***romper el equilibrio del contrato*** *e invertir la carga de la prueba en perjuicio del prestatario, límites que la Ley de Defensa del Consumidor impone a la autonomía del banco y que éste viola; y iv)* ***dar al pagaré un uso que no es el previsto en la ley cambiaria, pero que reporta sustanciosos beneficios económicos para el banco.****"* (la negrita es nuestra)

III. 6.2.5. "Pagaré de consumo" e incompetencia territorial de oficio

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revocó la decisión de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín que, con fundamento en un plenario Departamental, había a su vez revocado el fallo de un juez de primera instancia que se declaró incompetente para entender en la ejecución de un pagaré.

Así lo dispuso, en autos **"CRÉDITO PARA TODOS S.A. CONTRA ESTANGA, PABLO MARCELO. COBRO EJECUTIVO"**, en sentencia del 03/09/14.

El magistrado de primera instancia consideró que por las circunstancias del caso cabía presumir que se estaba ante una operación de crédito para el consumo en los términos del art.36 de la ley 24.240 y se declaró incompetente, por no ser el juez correspondiente al domicilio real del consumidor. El Máximo Tribunal bonaerense recordó que en la causa "Cuevas" había resuelto que los jueces se encuentran autorizados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo de las previstas en el art. 36 de la ley 24.240. Además, señaló que *"un plenario es obligatorio mientras la Suprema Corte no tenga decisión en contrario…"*

III. 6.2.6. Pagaré de consumo: hay que cumplir "en serio" con el art. 36 de la LDC

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul rechazó la acción ejecutiva para el cobro de un pagaré de consumo, por entender que ni de la cartular ni de la documentación complementaria surgía la información exigida por el art. 36 de la ley 24.240. Para el Tribunal, del texto de la solicitud de crédito "se advierte que el monto de la cuota resultará de la aplicación de una fórmula matemática compleja y de dificultosa comprensión que no cumple con el estándar informativo mínimo exigido a las entidades financieras en las operaciones de financiación para el consumo…" .

Además, "(t)ampoco se consigna el Costo Financiero Total de la operación, lo que privó a los demandados del derecho a optar entre las diversas alternativas de crédito existentes en el sistema, para la adquisición de un vehículo para uso particular."

Así se resolvió en los autos **“Banco de Galicia y Buenos Aires SA c/ Canale, Hugo Ernesto y otro/a s/ Cobro ejecutivo”** (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 13/06/16)

La demanda promovida por el Banco de Galicia y Buenos Aires SA, quien reclama a los demandados, la suma de $ 87.746,63 con más sus intereses compensatorios y punitorios, a calcularse conforme la tasa de interés activa que determinan los bancos oficiales, costos y costas. El monto reclamado resulta de descontar los pagos parciales realizados sobre un pagaré de $ 100.000. En el documento las partes pactaron un interés compensatorio del 36%, tasa fija anual.

Los ejecutados opusieron la excepción de inhabilidad de título al progreso de la acción. Negaron la deuda por imperativo procesal y expresaron que la actora es una sociedad anónima dedicada en forma profesional a la actividad bancaria, mientras que ellos son usuarios de servicios financieros, que destinan los fondos obtenidos del banco a cubrir necesidades personales y de su grupo familiar.

Manifestaron que el pagaré ha sido librado en el marco de una relación de consumo, por lo que resulta aplicable al presente caso la Ley del Consumidor. Y señalaron que el título que se ejecuta resulta inhábil, porque carece de la información necesaria para poder corroborar si han sido resguardados los derechos previstos en dicho sistema protectorio (art. 36 de la LDC).

El juez a quo, advirtiendo la posible existencia de una relación de consumo, requirió a la parte actora que acompañe toda la documentación que obre en su poder relativa al negocio causal, en respuesta a lo cual, el actor agregó una solicitud de préstamo. Posteriormente, el magistrado hizo lugar a la demanda y mandó llevar la ejecución adelante, por considerar cumplidos los requisitos del art. 36 de la ley 24.240.

En la Alzada, en cambio, se hace lugar al planteo de los ejecutados, quienes sostenían que ni del pagaré ni de la documentación acompañada surgía el cumplimiento del banco de los requisitos impuestos por el art. 36 LDC el que, entre otros, exige se informe “El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;…”

Al respecto, destaca el vocal preopinante, Dr. Peralta Reyes, que *"(a)nalizando la solicitud de crédito de fs…., se advierte que el monto de la cuota resultará de la aplicación de una fórmula matemática compleja y de dificultosa comprensión que no cumple con el estándar informativo mínimo exigido a las entidades financieras en las operaciones de financiación para el consumo…"*

Además, *"(t)ampoco se consigna el Costo Financiero Total de la operación, lo que privó a los demandados del derecho a optar entre las diversas alternativas de crédito existentes en el sistema, para la adquisición de un vehículo para uso particular."*

Siendo compartido este criterio, se decidió revocar la sentencia apelada y rechazar la acción ejecutiva para el cobro del pagaré de consumo, sin perjuicio del derecho del actor de ocurrir por la vía pertinente de cobro para recuperar su acreencia.

III. 6.2.7. Si hay relación de consumo, la letra hipotecaria se ejecuta ante el juez del domicilio real del consumidor

Así se resolvió, en los autos **"Banco Hipotecario S.A. c/ Leotta Insúa Maximiliano s/ ejecución hipotecaria",** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 30/03/17.

Coincidiendo con el dictamen de la Fiscal de Cámara, la Sala resolvió que el juez del domicilio real del accionado es competente para tramitar la ejecución de una letra hipotecaria librada en el marco de una operación de consumo.

El juez de primera instancia declaró oficiosamente su incompetencia para conocer en las presentes actuaciones, con base en que la relación subyacente entre las partes sería "de consumo" y el ejecutado se domiciliaría en extraña jurisdicción.

Apelado por la ejecutante, la Fiscal de Cámara, Dra. Boquín, advirtió que *"la vinculación de las partes del presente proceso configura una relación de consumo (de*

conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la ley de defensa del consumidor y el art.1092 del CCCN), toda vez que quien ejecuta es una persona jurídica abocada al servicio de financiaciones de consumo, y quien resulta demandado es un usuario financiero de aquella entidad que suscribió un contrato de mutuo con garantía hipotecaria con creación y emisión de letra hipotecaria escritural como destinatario final.

La afirmación expuesta en el párrafo que antecede, impone la aplicación de todo el bagaje normativo que comprende a la protección jurídica de los consumidores y usuarios.

En este sentido, adquiere total relevancia lo regulado por el art. 36 de la ley 24.240, pues de dicho precepto se desprende que el juez que deberá conocer en los procesos iniciados contra un consumidor, que se basen en una "deuda de consumo", es el del domicilio real del consumidor. A su vez, el art. 73 del CCCN determina que, "la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual".

El Tribunal de Alzada coincidió con el dictamen y agregó que *"en la especie no se ha desvirtuado la presunción de que entre las partes subyace una operación de crédito para el consumo (conf. CNCom., en pleno, 29.6.11, "Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores"). Y, en tanto una operación financiera y/o crédito para ese fin (art. 36, ley 24.240) a través de cualquier instrumento o título ejecutivo (vgr. pagaré, cheque, letra hipotecaria, etc.) es susceptible de enmarcarse en una relación de consumo (conf. arts. 1092/1093, CCiv.yCom.; art. 3, ley 24.240), no cabe sino confirmar la resolución apelada en este aspecto".*

Por lo anterior, se confirmó la resolución apelada.

III. 6.2.8. Los títulos de crédito y la noción de situación jurídica abusiva en el CCC

A todos los argumentos que vimos en los fallos anteriores, ahora, con la vigencia del CCC, se le puede agregar uno nuevo: Cuando por medio de un titulo de crédito (vgr. un pagaré) se busca burlar, por ejemplo, la prohibición de prorrogar jurisdicción establecida en el art. 36 LDC, nos encontraríamos ante un supuesto de "situación jurídica abusiva", en los términos del art. 1120 CCC:

"ARTÍCULO 1120.- ***Situación jurídica abusiva*** *. Se considera que existe una situación jurídica abusiva* ***cuando el mismo resultado*** *se alcanza a través de la predisposición de una* ***pluralidad de actos jurídicos conexos****."* (la negrita y el subrayado es nuestro)

Recordemos que el "**desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones** de las partes, en perjuicio del consumidor", se puede lograr mediante una cláusula abusiva o una situación abusiva.

Dicho con un ejemplo, la situación jurídica abusiva puede darse cuando el "desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor", se alcanza por la combinación de las disposiciones de un mutuo y un pagaré. Aunque en el mutuo no haya ninguna disposición abusiva, el "abuso" está dado por el pagaré, que violenta las disposiciones del art. 36 LDC. Aprovechamos para destacar que el art. 1120 no exige conexidad "contractual", sino que basta con conexidad de "actos jurídicos" (vgr. un mutuo y un pagaré, que guardan conexidad)

III. 7. El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el "choque" de principios constitucionales[65]

III. 7.1. Introducción

[65] Rossi, Jorge Oscar, "El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el «choque» de principios constitucionales", publicado en Microjuris.com, el 14 de junio de 2017. Cita: MJ-DOC11003-AR | MJD11003

Cómo es sabido, la intención del legislador es que las normas de Derecho del Consumidor se integren al resto del ordenamiento jurídico (art. 3 ley 24240 y 1094 Código Civil y Comercial).

Sin embargo, también es sabido que las meras intenciones no alcanzan.
En la práctica, las normas consumeriles suelen entrar en conflicto con otras. Por ejemplo, como veremos, con aquellas destinadas a tutelar el crédito.

A continuación, y para destacar lo que se viene mostrando en páginas anteriores, analizaremos dos fallos donde se patentiza este conflicto.

En un caso, el mismo se plantea entre la ley de prenda con registro, que impide la oposición de defensas por parte del deudor en la ejecución prendaria; y la tutela del consumidor contra posibles prácticas abusivas que intenta la ley de defensa del consumidor.

En otro, la incompatibilidad se da entre los principios que rigen al juicio ejecutivo, en especial la imposibilidad de discutir en dicho proceso ejecutivo la causa por la que se emitió el título, por un lado; y, de nuevo, la tutela del consumidor contra posibles prácticas abusivas que intenta la ley 24.240, más concretamente su art. 36, por el otro.

En ambos supuestos, se plantea que la protección del derecho de propiedad del acreedor se hace a costa de una fuerte limitación del derecho de defensa en juicio del deudor. Básicamente, este solo podrá ejercer tal derecho con amplitud después de cumplir la condena impuesta en el proceso ejecutivo.

Por último, como veremos, en ambos casos existen votos por mayoría y minoría, donde se explicitan dos posturas que denominaremos, a riesgo de simplificar, "pro consumidor" y "pro acreedor".

III. 7.2. Junín: El caso del secuestro prendario

El primer caso fue resuelto por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, en el fallo de autos **"FIAT CREDITO CIA FINANCIERA S.A. C/ DE**

NATALE CESAR LEANDRO S/ACCION DE SECUESTRO (ART.39 LEY 12962)", del 2 de febrero de 2017.

El juez de primera instancia desestimó el planteo de nulidad e inhabilidad de título opuesto por el ejecutado, imponiéndole las costas al mismo.

Para adoptar tal decisión, expuso inicialmente que el artículo 39 de la ley 12.962, aplicable a este tipo de procesos, excluye toda posibilidad de participación del deudor en el procedimiento, remitiendo expresamente a la vía ordinaria a los efectos de salvaguardar los derechos del mismo.

III.7.3. El voto mayoritario de la Alzada (postura "pro consumidor")

La Alzada, por mayoría, revocó la decisión, y declaró "la inaplicabilidad a las relaciones de consumo, del trámite previsto en el artículo 39 del decreto-ley 15.348 - ratificado por la ley 12962-, ordenando en consecuencia que la accionante ponga a disposición del demandado el automotor secuestrado en autos. Si tal restitución no fuese posible por haberse subastado extrajudicialmente el automotor, la accionante deberá acreditar la realización de la subasta en el plazo de cinco días contados a partir de que la presente sentencia adquiera firmeza; y en tal caso, el demandado podrá ejercer la acción que estime pertinente (arts 42 CN; 1, 2, 3, 65 ley 24240; 39 dec.ley 15348)."

El voto mayoritario, redactado por el preopinante, Dr. Castro Durán, con la adhesión del Dr. Volta[66], consideró que "...de una interpretación armonizante del artículo 39 del decreto-ley 15348 con la ley 24240, orientada a salvaguardar la garantía consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional, emerge como corolario que el mencionado artículo 39 no resulta aplicable a las relaciones de consumo.

Así lo entiendo, puesto que dicha norma, aplicada en una relación de consumo, colocaría al consumidor o usuario en una situación de tamaña desigualdad, que tornaría ilusoria la tutela brindada por la ley 24240."

[66] Quien también brindó sus propios fundamentos, como habrá de mencionarse infra.

Destaca este magistrado que “el aludido artículo 39 de la ley de prenda con registro faculta a las entidades financieras -entre otros acreedores- a solicitar judicialmente el secuestro de los bienes gravados, para proceder a su venta extrajudicial, agotándose el trámite con la orden de secuestro, quedando vedado todo planteo del consumidor o usuario.”

En definitiva si, como en el caso de autos, existe una relación de consumo, “el proveedor queda facultado para secuestrar y subastar extrajudicialmente el bien prendado, sin que el consumidor o usuario tenga la menor oportunidad de ser oído, con anterioridad a la concreción de tan drástica medida.

Tal posibilidad conferida al proveedor, resulta lesiva del trato digno y equitativo al consumidor o usuario en la relación de consumo, previsto en los artículos 8 bis de la ley 24240 y 42 de la Constitución Nacional." Resaltamos esto último: el derecho afectado sería el de trato digno y equitativo consagrado en el art. 42 CN.

El magistrado destaca las dos posiciones jurisprudenciales existentes en la materia, bien que referidas a cuestiones de competencia territorial para el ejercicio de la acción de secuestro prendario:

“Por una de ellas, se confiere absoluta preeminencia al ordenamiento regulador de la prenda con registro, argumentándose que como el único objeto del mecanismo establecido en el artículo 39, es brindar apoyo jurisdiccional al acreedor para apoderarse del bien prendado, sin que se halle prevista la intervención del deudor, resulta innecesario mandar a tramitar el secuestro ante el juez del domicilio de este último (conf. Cámara Nacional de Apelaciones, Sala A, sent. interlocutoria del 15-6-2010, recaída en la causa "Banco Santander Río S.A. c/ Sánchez, Claudia Cristina").

Por la otra, se da preeminencia a la legislación consumeril, argumentándose que resultan enteramente aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la ley 24240 en las acciones de secuestro prendario, puesto que la tutela de los consumidores y usuarios ha sido dirigida en términos generales, sin excepcionar ni restringir su ámbito de aplicación, por lo que tales acciones deben tramitar ante el juzgado del domicilio real

del accionado (conf. Cámara Nacional de Apelaciones, Sala F, sent. interlocutoria del 8-3-2016, recaída en la causa "HSBC Bank Argentina S.A. c/ Villegas, Luis Alberto s/ Secuestro prendario").”

Pero en el presente caso no está en juego una cuestión de competencia territorial sino que, derechamente, se entendió que el mecanismo establecido en el artículo 39 del decreto-ley 15348 (secuestro prendario) es inaplicable a las relaciones de consumo.

Por nuestra parte, puestos a indagar cuál es el principio interpretativo aplicado para resolver el conflicto entre el decreto-ley 15348 y la ley 24.240, consideramos que fue el principio de jerarquía, ya que, en palabras del preopinante, para lograr “una interpretación armonizante del artículo 39 del decreto-ley 15348 con la ley 24240, orientada a salvaguardar la garantía consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional…” se acude a un principio consagrado en la Constitución (derecho del consumidor a un trato digno) para declarar la inaplicabilidad del artículo 39 del decreto-ley 15348 al caso.

Dicho de otra manera, se interpretó que este procedimiento por el cual "ante la presentación del certificado prendario, el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno" atenta contra la dignidad del consumidor y este derecho (derecho a un trato digno) está consagrado por una norma superior (Constitución Nacional). Es la Constitución la que “resuelve” la incompatibilidad entre el decreto-ley 15348 y la ley 24.240.

Por supuesto, uno podría argüir que el derecho de propiedad, el de ejercer toda industria lícita y el de comerciar también están consagrados por la Constitución (arts. 17 y 14) y, además, que el procedimiento por el cual el acreedor pretende hacer valer su crédito no surge de ninguna practica abusiva sino de una norma. Entonces, ¿Por qué un artículo de la CN, el 42, prevalece sobre estos otros? Volveremos a este punto.

El segundo vocal en votar, Dr. Volta, además de adherir a los fundamentos del preopinante, añadió que "tanto el contrato como el derecho real de prenda, resultan accesorios de una obligación principal cuyo cumplimiento garantizan...", por lo que "de confirmarse la solución adoptada por el sentenciante de grado se estaría convalidando

un mecanismo a través del cual, se elude el régimen de tutela al consumidor constitucionalmente establecido (art. 42 de la C.N.), a través de la aplicación aislada de una normativa que regula un derecho accesorio, y por tanto subordinado al principal."

III. 7.4. El voto en disidencia (postura "pro acreedor")

En cambio, en disidencia, el Dr. Guardiola, expresó su preocupación "en relación a interpretaciones jurídicas proclives a convertir el dialogo de fuentes consagrado expresamente por los arts. 1 y 2 del CCCN en un monólogo de alguna de ellas, particular y especialmente el derecho del consumidor".

Destacó el camarista que el hecho de "(q)ue el ordenamiento jurídico es un todo orgánico y sistemático que deba ser interpretado en clave consumeril y ambiental (arts. 41 a 43 CN) *no significa que se trate de una sinfonía de esas solas notas, a costa de prerrogativas y garantías del derecho comercial y los derechos reales*." (la cursiva es nuestra)

Para este magistrado, "(d)e no ser sumamente prudentes y cautos en ese examen, en sistemas de control mixto o difuso como el nuestro, *solo aumentamos el peligro, en base a un subjetivismo jurídico de legalidad, de afectar los valores de seguridad y previsibilidad*..." (la cursiva es nuestra)

Además, "(l)a solución que por mayoría se postula *deviene abstracta si como resulta de los elementos acompañados a través de la denuncia de hecho nuevo de fs. 67 la subasta se llevó a cabo* (art. 163 inc. 6 segundo párrafo CPCC) o desajustada al principio de economía procesal, celeridad de los procesos monitorios, conservación del objeto litigioso y seguridad en el tráfico jurídico si se obliga a restituir el automotor pignorado." (la cursiva es nuestra)

En otra parte de su extenso voto, el vocal destaca: "Con una visión simplista, ideologista, a la moda de lo "políticamente correcto", *fácil es ante el primer atisbo de posible colisión simpatizar con la parte genérica y en abstracto vulnerable*, exorbitando injustificadamente por fuera de los criterios que consagran los arts. 962, 963 y 1094 CCCN una tutela que en concreto es innecesaria, sin advertir que con ello a lontananza

pero con toda certeza agudizamos su debilidad estructural a través de la mutilación del acceso al crédito y su encarecimiento." (la cursiva es nuestra)

El Dr. Guardiola distingue dos aspectos que surgen del varias veces mencionado art. 39 del decreto-ley 15348:

1) El secuestro prendario en sí, frente al cual el deudor no puede promover recurso alguno.

2) La ejecución del bien, sin que el deudor pueda hacer otra cosa que "ejercitar, en juicio ordinario, los derechos que tenga que reclamar el acreedor".

Así, señala el camarista que "la eventual vulneración de los derechos del consumidor por medio de cláusulas abusivas o afectación de la defensa en juicio está relacionada con el segundo estadio, en cuanto se postergue inexorablemente su tratamiento a una ulterior revisión de una realización consumada". En esa línea, el juez recuerda la solución brindada por este mismo tribunal en los autos "Di Prinzio Gino c/ castellazzi Jorge E.s/ Materia a categorizar"[67] .

Concretamente, allí se resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 551 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires[68], en cuanto establece que, para la iniciación del proceso de conocimiento posterior, se impone el cumplimiento previo de la condena impuesta en el proceso ejecutivo, cuando en el caso concreto el cumplimiento del recaudo bajo examen, por la entidad económica de la condena recaída en el juicio ejecutivo, "es susceptible de ocasionar una demora considerable en la iniciación del proceso de conocimiento posterior".

Cabe destacar que, en "Di Prinzio", la declaración de inconstitucionalidad no surge por una presunta incompatibilidad entre la normativa consumeril y la procesal,

[67] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 08/11/16.
[68] Similar pero no igual en su redacción al art. 553 del CPCC de Nación.

sino por la prevalencia, en el caso concreto, de la garantía de defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional) por sobre el precepto del art. 551 CPCCBA[69].

Volviendo al caso en análisis y para cerrar el planteamiento del voto en disidencia, podríamos sintetizarlo expresando que

a) La protección al consumidor no puede hacer tabla rasa con el resto de la normativa so pena, en palabras del Dr. Guardiola, “de afectar los valores de seguridad y previsibilidad”.

b) Que el denominado “dialogo de fuentes”, sobre el que nos ocuparemos infra, no puede quedar convertido, en los hechos, en una aplicación “automáticamente prevalente” de la normativa consumeril sobre la restante.

c) Que lo expresado en a) y b) terminará perjudicando al consumidor, al aumentar “su debilidad estructural a través de la mutilación del acceso al crédito y su encarecimiento."

III. 7.5. Azul: Plenario sobre el pagaré de consumo

Ahora veremos como las dos posturas se enfrentaron en un plenario de la Cámara de Apelaciones de Azul donde, además, se exhortó al legislador a "regular el denominado pagaré de consumo":

* Una, que entiende que el pagaré no puede integrarse con documentación adicional dentro del juicio ejecutivo. Por tanto, si el título no cumple con los requisitos del art. 36 de la LDC, debe declarárselo inhábil, aún de oficio. Esta postura busca desalentar posibles prácticas abusivas.

* La otra postura, que finalmente triunfó, sostiene que "la protección del consumidor no debe llevarse al extremo de decretar la inhabilidad del pagaré de

[69] Es recomendable la lectura del artículo del Dr. Eduardo Barreira Delfino, titulado "¿Es inconstitucional el pago previo de la condena ejecutiva?", donde se analiza el tema y la diferencia entre el art. 551 CPCCBA y el 553 CPCCN. Disponible en http://www.abogados.com.ar/es-inconstitucional-el-pago-previo-de-la-condena-ejecutiva/19504

consumo sin antes –y con carácter previo- permitir que se integre el título con la documentación idónea y conducente relativa a la relación crediticia subyacente."

Esto ocurrió en autos **"HSBC BANK ARGENTINA C/ PARDO CRISTIAN DANIEL S/ COBRO EJECUTIVO"**[70].

Allí, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, resolvió, en acuerdo plenario que

* "El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita. Asimismo, resulta oportuno poner en conocimiento del legislador, a la manera de comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo."

La cuestión traída a plenario fue: ¿Resulta viable la integración dentro del mismo proceso ejecutivo del "pagaré de consumo" con documentación adicional al mismo, de modo de tener por cumplimentados los requisitos exigidos por el régimen de protección al consumidor plasmados en el art. 36 de la ley 24.240 y así resulte hábil como título ejecutivo?

Las dos posturas estuvieron defendidas por los Dres. Louge Emiliozzi (en minoría, con una vocalía de su Sala vacante, por lo que contó solamente con el voto del otro vocal) y Galdós (mayoría, dado que contó con las adhesiones de los otros dos jueces de su Sala), respectivamente.

III. 7.6. El voto en minoría (postura "pro consumidor")

[70] Cámara de Apelaciones de Azul, 09/03/17.

Para el Dr. Emiliozzi, "la práctica revela que, por lo general, los denominados “pagaré de consumo” instrumentan operaciones de financiamiento de compra de mercadería para consumo o mutuos de consumo, que en principio deberían instrumentarse en facturas o en contratos de mutuo (actualmente arts. 1145, 1380 y sig., 1525 y conc. del Código Civil y Comercial), y es en estos documentos donde debería hacerse constar la información que exigen las normas citadas y las concordantes, y especialmente la dispuesta por el art. 36 de la ley 24.240."

Señala este magistrado que, "aunque el pagaré cumpla con los requisitos que establece el decreto ley 5965/63, y la ley procesal lo haya incluido expresamente entre el elenco de los títulos ejecutivos (atr. 521 inc. 5 del CPCC), no es posible utilizarlo para promover una ejecución si el contrato que le sirvió de causa requiere de ciertos requisitos que no aparecen cumplidos en el texto del título cambiario, *por cuanto violenta el derecho protectorio del consumidor ante la imposibilidad de analizar si los derechos que la ley 24.240 y la Constitución Nacional reconocen al consumidor se encuentran debidamente resguardados* (Cám. Ap. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, doct. causa nº 148.094, caratulada “BBVA. Banco Francés SA c/ Nicoletto Marcelo Andrés s/ cobro ejecutivo”, de fecha 17.10.11, con voto preopinante de la doctora Zampini; esta Sala causa nº 57.142, “Bazar Avenida S.A.”, del 28.05.13).-" (la cursiva es nuestra)

El camarista destacó que "la praxis judicial también nos indica que en muchos *casos la escasa información que se consigna en el pagaré no se corresponde en lo más mínimo con el negocio causal* –lo más frecuente es que se adviertan diferencias en el capital adeudado, en perjuicio del consumidor, presumiblemente porque al completar el pagaré se capitalizan intereses no abonados, o diferencias entre la fecha de celebración de contrato y la de creación del pagaré-, lo cual acentúa la imperiosa necesidad de requerir la documentación “causal” en todos los casos." (la cursiva es nuestra)

En definitiva, nos dice este magistrado. "entiendo que el “pagaré de consumo” nos enfrenta a una disyuntiva. Si admitimos que es por sí mismo un título hábil, *ello implicará una renuncia consciente al deber de velar por el cumplimiento de las normas de orden público contenidas en la ley 24.240,* lo cual no parece una opción razonable ni

jurídicamente valiosa, máxime frente a otro dato insoslayable que nos exhibe la realidad de las cosas, cual es que muy pocas veces los consumidores ejecutados se presentan en juicio a hacer valer alguna defensa. Mientras que *si admitimos que el "pagaré de consumo" se integre con la documentación "causal", en definitiva aquél no será más que una mera "llave", o un "título ejecutivo indirecto"*, que permitirá abrir las puertas del juicio ejecutivo para ejecutar –valga la redundancia- un título distinto y causal, en desmedro de los principios de abstracción cambiaria." (la cursiva es nuestra)

"...Por otra parte, si bien hasta aquí me he enfocado –ciñéndome a la cuestión planteada en la convocatoria al fallo plenario- en los problemas que genera la ejecución de los denominados "pagaré de consumo", no puedo dejar de señalar que, en mi opinión, la solución propiciada por esta Sala resulta *especialmente valiosa en orden a sus consecuencias, en tanto que con un carácter más general también propende a desalentar la difundida práctica de documentar doblemente las deudas, y así eliminar una fuente de riesgos y problemas para el deudor no avezado, condición que en general reviste el consumidor*." (la cursiva es nuestra)

"En síntesis, a modo de conclusión de lo dicho en este apartado, entiendo que considerar al "pagaré de consumo" inhábil como título ejecutivo *también desalentará la creación y consecuente proliferación de dichos instrumentos, con las consecuencias valiosas que ello trae aparejado en orden a evitar que personas no avezadas en la utilización de pagarés puedan ser víctimas de maniobras abusivas*." (la cursiva es nuestra)

III. 7.7. El voto mayoritario (postura "pro acreedor")

En cambio, el Dr. Galdós comenzó por recordar que "en nuestro país *el pagaré de consumo no fue regulado por la ley 24.240, ni sus reformas (leyes 26.361 y 26.994) ni tampoco fue legislado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aun cuando éste introdujo una sección dedicada a los "contratos de consumo"* (arts. 1092 a 1122) y otra referida a los "títulos valores" (arts. 1815 a 1881) (Junyent Bas, Francisco y Garzino, Constanza M. "El pagaré de consumo", en "Tratado de Derecho del Consumidor", tomo II, Ed. La Ley Buenos Aires 2015, pág. 238)." (la cursiva es nuestra)

"Sin embargo *se advierte la necesidad de una regulación legislativa del pagaré de consumo que efectivice la manda constitucional que ordena a las autoridades públicas la protección del consumidor en todo lo referente a su salud, seguridad e intereses económicos, recibiendo información adecuada y veraz* (cfr. arts. 42 de la CN y 38 de la Constitución provincial). A esos efectos y conforme los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Nacional, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires e incluso de este Tribunal, *resulta conveniente poner en conocimiento del legislador, a la manera de comunicación exhortativa, la necesidad de una regulación específica*..." (la cursiva es nuestra)

Sin perjuicio de ello, el vocal entiende "que, en las condiciones actuales, *la protección del consumidor no debe llevarse al extremo de decretar la inhabilidad del pagaré de consumo sin antes –y con carácter previo- permitir que se integre el título con la documentación idónea y conducente relativa a la relación crediticia subyacente*. Ello frente a la tesis contraria que exigiría que el pagaré contenga en su texto los presupuestos del art. 36 de la LDC (los requisitos del pagaré como título cambiario están establecidos por el Decr. Ley 5965/63 (art. 101) y la sanción a su incumplimiento prevista en el art. 102)." (la cursiva es nuestra)

En resumen, "*el pagaré de consumo no está prohibido por la legislación y el pagaré como título cambiario mantiene su vigencia como título ejecutivo* (arts. 521 inc. 5°del CPCC). El art. 36 de la LDC normativiza - aunque de modo incompleto e insuficiente- los requisitos que inexorablemente deben cumplimentar las operaciones de financiación o crédito para el consumo y la protección del consumidor (insisto: de linaje constitucional) y *admite acudir a la pauta hermenéutica de la armonización e integración coherente de las fuentes normativas plurales en conflicto (el denominado "plurijuridismo jurídico").* Si la indagación causal fue admitida para determinar el juez competente, con más razón ello es de significación para controlar el cumplimiento de los requisitos de fondo previstos en el art. 36 LDC (arts. 42 de la Constitución Nacional, arts. 1, 2, 3, 4, 36, 65 de la Ley 24.240, texto según leyes 26.361 y 26.994; art. 1092 ss. y cdtes. del Código Civil y Comercial). Entonces, y agotada esa etapa integradora del pagaré de consumo como título complejo (el pagaré complementado con la documentación relativa al negocio jurídico de fondo), allí sí puede arribarse, si

correspondiere, a la declaración de inhabilidad del título (arts. 521 inc. 5°, 542 inc. 4° del CPCC, art. 36 de la LDC)." (la cursiva es nuestra)

"En lo que respecta a su oportunidad procesal, la integración de la cartular debe realizarse respetando el derecho de defensa del consumidor, la bilateralidad del proceso y el principio de congruencia (arts. 15 de la Constitución provincial; 34 inc. 5°, 163 inc. 6°, 529, 542 ss. y cdtes. del Código Procesal). Por ello, la documentación adicional debe acompañarse en Primera Instancia teniendo como límite el dictado de la sentencia definitiva, oportunidad en que el juez debe analizar la habilidad del título, sin que se admita su integración en la alzada (esta Sala, causas 59.057, del 2/10/14 "Bazar Avenida SA…"; 59.058, del 6/11/14 "Bazar Avenida SA…"; 58.892 del 15/12/14 "Caja de Crédito Cooperativa La Capital del Plata Ltda…"–entre otras-). A su vez, la documentación adicional debe tener vinculación causal con el pagaré de consumo (esta Sala, causas nro. 60.707, del 23/5/16 "HSBC c/ Agüero") y cumplir con el estándar informativo exigido para las operaciones de financiación o crédito para el consumo (art. 42 CN; art. 4 de la ley 24.240 –conforme la ley 26.361- arts. 7, 1100 y cdtes. de CCCN; esta Sala causa nro. 60.770, del 13/6/16 "Banco de Galicia y Buenos Aires SA c/ Canale"). *Se admite -de modo claro e inequívoco- una solución armonizante de previsiones normativas disímiles y contrapuestas, que permite su compatibilización, sin desmedro –obviamente- de los derechos del consumidor pero rescatando también la tutela del crédito*. Se trata de una *convergencia de fuentes normativas y no de exclusión a priori de una de ellas;* se procura asegurar la tutela del consumidor sin eliminar el régimen cambiario y del juicio ejecutivo." (la cursiva es nuestra)

"La postura que propicio *protege al consumidor y no desatiende ni desalienta el crédito*...No puede desconocerse que la instrumentación de pagarés –como forma de recuperar rápidamente un crédito- constituye una práctica frecuente en el comercio. El crédito constituye una herramienta fundamental del tráfico comercial y de acceso a un sinnúmero de bienes y servicios que de otro modo muchas personas no podrían adquirir *"y poner un celo excesivamente proteccionista al consumidor puede acarrear un acentuado achicamiento de la oferta y, por ende, una elevación del costo crediticio, perjudicándolo por vía indirecta*" ..." (la cursiva es nuestra)

En definitiva, el Tribunal por mayoría resolvió fijar la siguiente doctrina: *"El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita. Asimismo, resulta oportuno poner en conocimiento del legislador, a la manera de comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo."*

Si comparamos los fundamentos del voto del Dr. Galdós en este plenario, con los del Dr. Guardiola en el caso "FIAT", notamos una misma preocupación:

a) La protección al consumidor no puede hacer tabla rasa con el resto de la normativa: "Se trata de una convergencia de fuentes normativas y no de exclusión a priori de una de ellas; se procura asegurar la tutela del consumidor sin eliminar el régimen cambiario y del juicio ejecutivo" expresa Galdós.

b) Que el denominado "dialogo de fuentes", o la "solución armonizante de previsiones normativas disímiles y contrapuestas", que permita su compatibilización, no puede quedar convertido, en los hechos, en una aplicación "automáticamente prevalente" de la normativa consumeril sobre la restante.

c) Que lo expresado en a) y b) terminará perjudicando al consumidor, pues, en palabras de Galdós, "… poner un celo excesivamente proteccionista al consumidor puede acarrear un acentuado achicamiento de la oferta y, por ende, una elevación del costo crediticio, perjudicándolo por vía indirecta" ..."

III. 7.8. El dialogo de fuentes y las antinomias normativas

El CCC ha puesto en primer plano una gran cantidad de temas de los que se viene hablando en los últimos años. Uno de ellos es el del "dialogo de fuentes".

Así, en los Fundamentos del Anteproyecto[71] se proclama que "es necesario que los operadores jurídicos *tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo*, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un *diálogo de fuentes*, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de *principios y valores*.

En el sistema jurídico argentino vigente *no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas."* (la cursiva es nuestra)

En el CCC este "dispositivo de interpretación" de las fuentes se cristalizó, de modo general, en el art. 2:

"La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."

Señalamos dos puntos:

1) La interpretación debe tener en cuenta los "principios y los valores jurídicos". Al respecto, estos "principios y valores" son necesariamente amplios en su formulación y pueden entrar en colisión con otros de igual jerarquía. Estos principios, al decir de Alexy[72], funcionan como mandatos de optimización, debiendo ser realizados o concretados en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.

2) La interpretación debe ser "coherente con todo el ordenamiento" jurídico. Entendemos que por coherencia se alude a que la interpretación de una ley debe hacerla compatible con las restantes, es decir, no contradecir a otra norma de igual jerarquía y campo de aplicación.

---

[71] Página 9. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

[72] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p 86.

En materia de Derecho del Consumo, se señala en los Fundamentos del Anteproyecto[73] que "(e)n el campo de la interpretación, *se establece un "dialogo de fuentes"* de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes.

El intérprete de una ley especial *recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial* y, además, *para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor*." (la cursiva es nuestra)

Entonces, en materia consumeril, el "dialogo de fuentes" se pretende regular vía art. 1094 del CCC:

"ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.
En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor."

Sin perjuicio de esto, como expresa Cavalli, "nuestro ordenamiento jurídico no es un amontonamiento igualitario de normas sino que existe una jerarquía explícita imperativamente regulada por la norma fundamental ordenadora que es la Constitución Nacional. Por lo que, siguiendo con el juego de la prosopopeya, la Constitución Nacional no dialoga: manda, ordena, impone...El "diálogo" es entre iguales, mientras que la Constitución tiene jerarquía superior, no igual, al Código, por lo cual este debe subordinarse a sus mandatos, que le son imperativos. Nuestro ordenamiento jurídico tiene expresamente delimitadas sus jerarquías, en el artículo 31 de la Constitución Nacional."[74]

---

[73] Página 131. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

[74] Cavalli, Luis, "De la metáfora a la prosopopeya - El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (O de los peligros de la desjerarquización del ordenamiento jurídico)", en Rubinzal Culzoni Online. Cita: RC D 1307/2015. A propósito de la tan mentada "constitucionalización", en la nota 8 de su trabajo el Dr. Cavalli expresa, en opinión que compartimos, que "[l]o que el nuevo Código hace, en lo que le corresponde, es cumplir con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994". Y no nos vamos a ocupar en esta ocasión de "hasta donde" cumple con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, para no irnos complemente del objeto de este artículo.

Así, el mentado “dialogo de fuentes” debe respetar los principios de jerarquía, cronología y especialidad. O, dicho en otros términos, si para interpretar se termina aplicando el principio de jerarquía (vgr. un artículo de la Constitución Nacional por sobre las disposiciones de una ley), no podemos hablar, en propiedad, de “dialogo”, sino de imposición de los preceptos de una norma superior por sobre otra inferior.

Al respecto, como expresa Baquerizo Minuche[75], tradicionalmente los conflictos normativos se han resuelto mediante la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. El problema surge cuando la antinomia se da entre normas de igual jerarquía.

En especial, nos referimos a las llamadas “antinomias en concreto, también llamadas externas, o propias del discurso de aplicación”, las cuales “no reflejan abstractamente ninguna incompatibilidad, ni permiten conocer por adelantado los presupuestos de aplicación, imposibilitando en consecuencia la detección de una regla segura para la solución de la antinomia”, por lo que, “sólo cuando en una causa particular concurran dichas normas, es que recién se podrá advertir la contradicción a la luz de las circunstancias y, en consecuencia, la necesidad de aplicar una de aquellas mediante una justificación razonable y proporcional, que no siempre será igual en un caso distinto”[76].

Estas antinomias en concreto “...resultan propias de las normas jurídicas que pertenecen a la categoría de *principios*, en razón de la ausencia de condición de aplicación (presupuesto de hecho) o de la configuración abierta o fragmentaria del mismo; y muy particularmente de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución."

En nuestro caso, la antinomia se da entre derecho de propiedad del acreedor, reconocido en el art. 17 de la CN y el derecho al trato digno del consumidor, explicitado

---

[75] Baquerizo Minuche, Jorge. "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación". Revista de Derecho Público, 2009, p. 19 a 52. Disponible en Internet: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf Consultado: 15/08/19.

[76] Baquerizo Minuche, Jorge, op. cit. p. 24 y 25.

en el art. 42 (y, agregamos, el derecho a la protección de sus intereses económicos y un procedimiento “eficaz” para la solución de sus conflictos).

De hecho, para resolver los conflictos normativos suscitados en los dos casos que estamos tratando, en algunos votos no se recurrió al “dialogo” sino una a nuestro juicio incorrecta aplicación del principio de jerarquía, cuando, en realidad, nos encontramos ante una tensión entre derechos protegidos en la Constitución Nacional y tratados con jerarquía constitucional.

Porque en estos dos casos la gran pregunta es:

¿Por qué los principios del Derecho del Consumidor son más importantes que los que rigen los títulos valores?

O, expresado de otra forma:
¿Por qué la tutela del deudor/consumidor debe ser más intensa que la del proveedor/acreedor?

O, si se quiere explicitar aún más la cuestión:
¿Por qué el derecho a la dignidad del deudor/ consumidor debe recibir una protección mayor que el derecho de propiedad del acreedor/proveedor?

Pensamos que la respuesta es: porque el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo debe compensarse con un "contradesequilibrio" sistémico normativo.

Es decir, hablamos de “desequilibrio sistémico” porque se trata de un desequilibrio propio de un sistema de producción y distribución masificado de bienes y servicios en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones.

Consideramos que esta desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo común y esperable.

Dicho de otra manera, mientras persista el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo, el sistema normativo de la sociedad de consumo no puede ser "neutral" sino que tiene que ser "desequilibrado" en favor del consumidor. No hablamos de normas aisladas, que ya existen y en gran cantidad, sino de un sistema de normas, de fondo y de forma, que guarden coherencia y sean de aplicación efectiva.

III. 7.9. El art. 42 de la CN y las lagunas axiológicas que provoca una normativa insatisfactoria

Justamente, el art. 42 de nuestra Carta Magna otorga máxima jerarquía normativa a los denominados “derechos de los consumidores”:

Artículo 42.- *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.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por el momento, nos interesa puntualizar lo siguiente:

En cuanto al “derecho a la protección de los intereses económicos” del consumidor, el mismo tiene que ver con la preservación de su integridad patrimonial[77]. Por supuesto, esto no implica que el consumidor no pueda contraer deudas y/o no pueda

[77] Tambussi lo denomina "especie del derecho protectorio que defiende la integridad patrimonial" (Ver, TAMBUSSI, Carlos Eduardo, “Los derechos del consumidor como derechos humanos”, capitulo VII, pagina VII-13, de la obra *Derechos Humanos*, 6a ed., Buenos Aires, Fund. de Derecho Administrativo, 2007. Disponible en Internet: http://www.gordillo.com/DH6/dh.pdf. Consultado: 25/08/16)

ser ejecutado en caso de incumplimiento de sus obligaciones[78], sino que de lo que se trata, es de consagrar el deber del Estado y de los proveedores de adoptar conductas que prevengan un menoscabo del patrimonio del consumidor, sea asesorándolo previamente a contraer obligaciones, sea absteniéndose de inducirlo a endeudarse sin un adecuado análisis de su posible capacidad de pago, sea consagrando reglas que le permitan al consumidor optar por la solución menos gravosa para cancelar su deuda.

Por otro lado, en el último párrafo del artículo en análisis se formula una manda al legislador para que establezca procedimientos "eficaces" para la prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo.

Entendemos que un procedimiento judicial que no protege los intereses económicos del consumidor, impidiéndole ejercer en plenitud sus derechos hasta después de cumplir la condena impuesta en dicho proceso, no es un procedimiento eficaz para la prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo y afecta también su derecho a un trato digno y equitativo, porque acrecienta su desigualdad estructural.

Ahora bien, recapitulando, en el caso "FIAT", el conflicto se plantea entre la ley de prenda con registro, que impide la oposición de defensas por parte del deudor en la ejecución prendaria; y la ley de defensa del consumidor.

En el plenario "HSBC", la incompatibilidad se da entre los principios que rigen a los títulos valores, en especial la imposibilidad de discutir en el proceso ejecutivo la causa por la que se emitió el título y la ley de defensa del consumidor.

En ambos supuestos, dijimos ut supra, la protección del derecho de propiedad del acreedor se hace a costa de una fuerte limitación del derecho de defensa en juicio del deudor. Básicamente, este solo podrá ejercer tal derecho con amplitud después de cumplir la condena impuesta en el proceso ejecutivo. En el caso del consumidor, esto sólo aumenta su desequilibrio estructural, o sea, lo hace aún más vulnerable.

---

[78] Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Javier Hernán, ob. cit. p. 147.

Dicho de otra manera, a la vulnerabilidad del consumidor, propia del desequilibrio sistémico de la sociedad de consumo, se le añade una mayor indefensión por vía normativa.

Si bien el propósito del legislador al establecer los mecanismos del art. 39 de la ley de prenda con registro o la limitación de defensas propia del juicio ejecutivo puede haber sido tutelar el crédito, esto en la práctica puede terminar favoreciendo un irresponsable otorgamiento de créditos por parte de los proveedores, que se aprovechan de las facilidades procesales propias del juicio ejecutivo, de los costos de acceso a la justicia y de la escasa o nula información de los consumidores acerca de sus derechos.

En nuestra opinión, en las ejecuciones de créditos derivados de relaciones de consumo nos encontramos con una laguna, no normativa, sino axiológica, en el sentido que expone Guastini[79]:

"una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución».

Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. *Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado* (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa). *Lo que falta es* una norma satisfactoria o "justa" y, *más precisamente, una norma "diferenciadora", es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto.*" (la cursiva es nuestra)

La relación entre proveedor/acreedor y consumidor/deudor tiene al desequilibrio como nota "diferenciadora", o "distinta", de otras relaciones entre acreedores y deudores. Todos los votantes, tanto en "Fiat" como en "HSBC" consideran que no existe una norma "satisfactoria", en el sentido expresado por Guastini ut supra: "una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto." Tan es así, que en "HSBC" se resolvió "poner en conocimiento del legislador, a la manera de

[79] Guastini, Riccardo, "variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación". En "Análisis Filosófico" XXVI Nº 2 - ISSN 0326-1301 (noviembre 2006) 277-293. Disponible en Internet: http://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v26n2/v26n2a05.pdf

comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo."

La diferencia entre los votos de mayoría y minoría, tanto en “Fiat” como en "HSBC”, es sobre la forma de llenar la laguna axiológica. Es decir, cual sería el contenido de esa “norma diferenciadora”.

Y es que con el art. 42 de la Constitución no alcanza. La interpretación de este artículo puede dar lugar a toda una gama de soluciones distintas. Es imperativo que el legislador regule en detalle la ejecución de créditos derivados de relaciones de consumo.

Mientras tanto, son los jueces los que tendrán que llenar ese vacio y para eso, se impone la utilización de técnicas argumentativas que permitan un control racional de las sentencias, lo que hace al cumplimiento del deber de fundar las decisiones judiciales.

Por ejemplo, la tensión entre principios reconocidos en normas constitucionales puede resolverse judicialmente con la elaboración de reglas que "especifiquen"[80] la aplicación de dichos principios a casos concretos.

Sea cual sea el método argumentativo que se utilice, el mismo debe exteriorizar el razonamiento del juzgador, porque este no puede (no debe) limitarse a utilizar expresiones de moda, tales como "diálogo de fuentes", "armonización normativa" o citar genéricamente artículos y/o tratados internacionales para, tras cartón, disponer la "solución" al conflicto normativo.

En síntesis, si para el intérprete existe una laguna axiológica debe dar razón de ello y luego explicitar los argumentos que lo conducen a solucionar tal laguna.

---

[80] Ver vg. Moreso, José Juan, “Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos”. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. CLXXXVI 745 septiembre-octubre (2010). Este autor propone, justamente, un modelo que denomina “especificacionista”, con el que procura “pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–, a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado." Disponible en Internet: http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewFile/1232/1237

Tras la lectura de los fallos en análisis, observamos una especie de “comodidad argumentativa” en la “postura pro consumidor”, en especial, en el fallo “FIAT”, que parece limitarse a plantear que el derecho del consumidor prevalece sobre los demás, con la invocación del artículo 42 CN como norma que “zanja” toda discusión.

En cambio, la “postura pro acreedor”, probablemente consciente de que en la actualidad no es "políticamente correcta"[81], evidencia un mayor esfuerzo por convencer al lector.

Sin embargo, el saldo es desalentador, cuando pensamos en la seguridad jurídica. A propósito reseñamos dos fallos donde triunfaron posturas opuestas, “pro consumidor” en “FIAT”, “pro acreedor” en "HSBC”. Son un ejemplo de la disparidad de criterios en las distintas jurisdicciones. Y eso, pese a que no debe existir un magistrado que niegue la mentada desigualdad estructural entre proveedor y consumidor. El problema es, como vimos, los matices en el “grado de protección” que debe recibir el consumidor.

III. 7.10. Prenda con registro y art. 36 LDC: lo tuvo que decir la Corte Suprema

El Máximo Tribunal estableció que si la prenda con registro garantiza "una operación de crédito para consumo", la ejecución prendaria debe tramitar ante el juez del domicilio real del consumidor.

Así resolvió un conflicto de competencia, el 4 de julio de 2017, en los autos **"HSBC Bank Argentina S.A. e/ Gutiérrez, Mónica Cristina"**

El Máximo Tribunal recordó que "...el artículo 36 , último párrafo, de la ley 24.240, texto según la reforma operada por la ley 26.361, establece que"será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor".

[81] Para jugar con la expresión del Dr. Guardiola en su disidencia en “FIAT”.

Por otro lado, "...según inveterada doctrina de esta Corte, cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación..."

Además, "...resulta con prístina claridad que, en el caso, el negocio jurídico concertado entre el acreedor y el deudor -contrato de mutuo con garantía prendaria- queda comprendido en la regla de competencia contenida en la norma bajo análisis, al tiempo que el carácter de las partes intervinientes en aquel coincide con la formulación normativa que corresponde a los sujetos (consumidor y proveedor, respectivamente) de la relación de consumo (arts. 1°, 2° Y 3° ley 24.240, texto según ley 26.361)."

Por lo tanto, "...por aplicación de la regla contenida en el art. 36 de la ley 24.240, texto según ley 26.361 , resulta competente para conocer en "las actuaciones, el juez con jurisdicción sobre el domicilio real del deudor consumidor sin que sea un óbice la naturaleza de este proceso".

Por ello, "...y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia ordinaria de la Provincia de Mendoza, a la que se le remitirán".

Surge del referido dictamen que las partes pactaron la jurisdicción de los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el supuesto de controversias.

Sin embargo, el Procurador Fiscal subrogante consideró que "la indole del vínculo establecido entre los contratantes, las circunstancias personales -actividad financiera de la actora y calidad de persona física de la demandada- así como el monto de la obligación, permiten concluir que se trata de una operación de crédito para el consumo, motivo por el cual...resulta de aplicación la ley 24.240, texto según ley 26.361", por lo que "resulta apto para intervenir en el secuestro del automotor sobre el que recae la prenda, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, que reside en Luján de Cuyo, provincia de Mendoza, siendo nulo cualquier pacto en contrario..."

III. 7.11. La Corte Suprema y el secuestro prendario en la prenda con registro

Por mayoría, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en cuanto rechazó el planteo de la Fiscal General que, con sustento en las normas protectorias del consumidor y en resguardo de la garantía de la defensa en juicio y debido proceso, cuestionó la validez del trámite correspondiente al secuestro prendario sin dar previamente audiencia al deudor.

Entre otras consideraciones, el Máximo Tribunal señaló que *"la cámara debió analizar y considerar la aplicación -bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario- de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas "…que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte".*

Así lo decidió el 11 de Junio de 2019, en los autos **"Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario".**

Contra la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al revocar la de la instancia anterior, declaró la competencia de ese fuero para tramitar el secuestro prendario, a la vez que rechazó el planteo deducido por la Fiscal General relativo a la invalidez del trámite del secuestro sin dar previamente audiencia al deudor, fundado en las normas protectorias del consumidor, la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso extraordinario, que al ser denegado, motivó la presente queja.

Llegado el caso al Máximo Tribunal, en el voto que contó con las firmas de los ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, se expresó que *"si bien es cierto que las cuestiones atinentes al trámite del secuestro prendario no*

habilitan la instancia del artículo 14 de la ley 48, por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, ***tal regla admite excepción en los asuntos en los cuales****, como ocurre en el sub lite,* ***lo resuelto ocasiona gravamen de imposible reparación ulterior*** *que permite equiparar el fallo apelado a un pronunciamiento definitivo."* (la negrita es nuestra)

Destacan los ministros que *"****privar al deudor*** *-en la relación de consumo- de todo ejercicio de* ***derecho de defensa****, en forma previa al secuestro del bien prendado, podría colocarlo en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere el artículo 42 de la Constitución Nacional."* (la negrita es nuestra)

Respecto de la arbitrariedad del fallo cuestionado, señalan que "*la cámara se limitó a mencionar que* ***el sistema especial que habilita el secuestro tuvo origen en una convención celebrada entre las partes*** *y ello -en tanto válida formulación del consentimiento- despejaba cualquier violación al derecho de defensa del consumidor. Tal afirmación carece de fundamento o -si lo tiene- resulta solo aparente, si se repara en que* ***la especial naturaleza del contrato celebrado (por adhesión o mediante cláusulas predispuestas)*** *y la seriedad argumentativa de las cuestiones introducidas por el Ministerio Público Fiscal* ***exigían especial y detenido análisis*** *por parte del tribunal a quo."* (la negrita es nuestra)

Por otro lado, la tacha de arbitrariedad *"también se configura por cuanto la sentencia recurrida omitió considerar cuestiones conducentes y relevantes que fueron planteadas oportunamente. En efecto, si se acepta que las disposiciones de la ley de defensa del consumidor debieron ser integradas en el análisis efectuado por la alzada en la inteligencia de que,* ***ante la duda respecto a la forma en que debían ser articuladas con las normas prendarias debería primar la más favorable para el consumidor, como expresión del favor debilis (artículo 3°de la ley 24.240), constituye lógica derivación de lo anterior, que la cámara debió analizar y considerar la aplicación*** *-bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario-* ***de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas "…que importen renuncia o restricción*** *de los*

derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte". (la negrita es nuestra)

De esta manera, *"lo resuelto por la cámara* ***afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo*** *(artículo 18 de la Constitución Nacional), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, a fin de que los planteos sean nuevamente considerados y decididos mediante un fallo constitucionalmente sostenible (Fallos: 336:421, entre otros). "*(la negrita es nuestra)

Por ello, "*se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado en la presente. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente".*

En su disidencia, los jueces Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco consideraron que la sentencia recurrida no resultaba definitiva, requisito necesario para la intervención de la Corte.

III. 7.12. Los "ejecutantes en masa" y el art. 36 de la LDC: En esta ejecución se presume una relación de consumo

Ante la presunción de existencia de una relación de consumo, fundada en la importante cantidad de juicios ejecutivos iniciados por la actora en el fuero, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la decisión que declaró oficiosamente la incompetencia territorial del Juzgado de Primera Instancia para conocer en un juicio ejecutivo y recordó que el conocimiento del litigio corresponde al magistrado del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario (art. 36, ley 24.240 modif. ley 26.361)

Así se resolvió en los autos **"SUDESTE VALORES S.A. C/ MARCOS ANDRES GABRIEL S/ EJECUTIVO"** (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 18/10/18).

La ejecutante apeló la decisión que declaró oficiosamente la incompetencia territorial del Juzgado para conocer en las presentes actuaciones.

El Tribunal de Alzada comenzó por recordar que "según la doctrina plenaria de esta Cámara, es posible inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución (CNCom en pleno, 29.6.11, “Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”)"

Aplicando esa línea de razonamiento, consideró que "cuando –como ocurre en el caso– la ejecutante tiene una cantidad de juicios ejecutivos promovidos ante este fuero que habilita a presumir –en coincidencia con lo postulado por el Ministerio Público...– que existe cierta profesionalidad de su parte, cabe inferir que la vinculación entre los litigantes es una relación de consumo (en similar sentido, esta Sala, 29.8.11, “Bonfliglio, Oscar Alberto c/ Bonfanti, Carlos Julio s/ ejecutivo”, 12.4.13, “López, Martha Isabel c/ Palavecino, Silvio Gastón y otro s/ ejecutivo”, y 30.11.17, “Manzorro, Juan Manuel c/Rodríguez, José Alberto s/ ejecutivo”, entre otros). "

Por tanto, "el conocimiento del litigio corresponde al magistrado del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario (art. 36, ley 24.240 modif. ley 26.361), y valorando que –según la promotora de la causa– el demandado no reside en esta jurisdicción, habrá de mantenerse la solución adoptada en la instancia de grado."

III. 7.13. SCBA: Luz verde para el “pagaré de consumo integrado”

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto contra una sentencia que dispuso la preparación de la vía ejecutiva de un pagaré suscripto por un consumidor, documento que fue acompañado por la ejecutante con el contrato de mutuo.

Para el Máximo Tribunal bonaerense, “si la documentación acompañada por el ejecutante permite comprobar el cumplimiento del art. 36” de la ley 24240, de Defensa del Consumidor, “no parece excesivo, al menos en casos como el de autos, permitir el uso” de la vía ejecutiva.

Así lo resolvió, el 14 de agosto de 2019, en autos “**Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester S/ Cobro ejecutivo”.**

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de General San Martín revocó la providencia del juez anterior -en cuanto había reconducido el trámite del proceso al cauce del juicio sumario- y dispuso la preparación de la vía ejecutiva.

Se interpuso, por el Fiscal General departamental, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Cabe señalar que, la entidad actora promovió el presente juicio ejecutivo, con el objeto de que se condenase al demandado al pago de una deuda **dineraria instrumentada mediante un pagaré a la vista y sin protesto y un formulario de “términos y condiciones” correspondientes a un contrato de mutuo.**

Al revocar la sentencia de primera instancia, la Cámara Departamental valoró que la cuestión llevada ante sus estrados **entrañaba un conflicto entre dos órdenes normativos: el comprendido en el decreto ley 5.965/63 y el reglado por la ley 24240, de Defensa del Consumidor (LDC)**, dilema evidenciado en la pretensión ejecutiva respaldada en el derecho literal y autónomo que anidaba en el pagaré, junto a los recaudos causales -exigidos por el art. 36 de la citada ley- abastecidos en la solicitud de mutuo para consumo suscripta por la beneficiaria.

La Cámara justificó su decisión en el hecho que *“…Si bien el pagaré que se ejecuta no contiene todos los requisitos exigidos por el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, **el contrato de solicitud de préstamo (mutuo) que lo complementa establece los términos y condiciones correspondientes al crédito;** es por ello que se*

tiene[n] por cumplidos […] los recaudos exigidos por la mencionada ley…" (la negrita es nuestra)

A renglón seguido, transcribió la opinión mayoritaria expuesta en un fallo plenario dictado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul en fecha 9 de marzo de 2017, en cuanto se dijo que *"…El pagaré de consumo* ***puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo****, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la ley 24.240 para las operaciones de financiación o crédito para el consumo…"* (la negrita es nuestra)

Además, la Cámara detalló que el pagaré que se pretendía ejecutar en autos era por $3.440,04 y que del mutuo surgía que el capital prestado ascendía a $2.420,06, **lo cual indicaba que el importe consignado en el cartular comprendía capital más intereses.** De allí que como el tratamiento de dichos accesorios se difería para la oportunidad del dictado de la sentencia, **correspondía tomar como monto del reclamo la suma del capital, es decir, $2.420,06.**

Concluyó, finalmente, en que al verificarse los requisitos previstos por el art. 36 de la LDC **cabía preparar la vía ejecutiva (art. 523, CPCC) en relación con el mutuo, sin tener en cuenta el importe de la obligación instrumentada en el pagaré**.

En su recurso, el Fiscal General departamental denuncia quebrantamiento de la doctrina legal sentada por la Suprema Corte en la causa C. 109.305, "Cuevas", del 1 de septiembre de 2010, así como de los arts. 36 y 53 de la LDC y 23 de la ley provincial 13.133.

Considera vulnerado el régimen que ampara a los consumidores (art. 42, CN) y cuestiona lo que, según entiende, sería la creación pretoriana de un título ejecutivo complejo no previsto en la regulación procesal (art. 521, CPCC)

Llegado el caso al Máximo Tribunal bonaerense, el primer voto estuvo a cargo del Dr. Soria quien, luego de reseñar la normativa aplicable y las interpretaciones jurisprudenciales de la misma, las resume en las siguientes tres posturas:

1) Pro acreedor "extrema"

"Afirmada en el ***criterio tradicional sobre los títulos de crédito en general y en las notas de abstracción, autonomía y completitud que caracterizan al pagaré****, una primera interpretación, sostenida en autos por la actora, considera que en casos como el de autos el juez no tiene un mayor grado de injerencia que el previsto para cualquier cobro ejecutivo de esta clase de papeles de comercio.* ***Se privilegia la idea de favorecer la cobrabilidad expeditiva*** *de las obligaciones consignadas en estos papeles de comercio, como su circulación."* (la negrita es nuestra)

2) Pro deudor – consumidor "extrema"

"Con una tesitura opuesta, se argumenta que ***en estos casos el juez no sólo debe efectuar una indagación causal del negocio para verificar si encuadra en las normas tuitivas de los consumidores, sino debe también disponer –constatada esa circunstancia- que el cobro del pagaré asociado a la operación de consumo tramite por las normas del proceso sumario*** *(o plenario abreviado) de los arts. 320, 484 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial; ello, merced a una inteligencia expansiva de la LDC, que descarta el carril del juicio ejecutivo (arts. 518 y sigs., CPCC).* ***Esta corriente, en la que se enrola el impugnante, tampoco admite que el título de crédito pueda ser integrado con la documentación contractual en la que se acordó la operación.*** *El título sería siempre inhábil aun cuando con esa integración se demostrare el cumplimiento de los requisitos impuestos en el señalado art. 36."* (la negrita es nuestra)

3) Intermedia

*"Sostenida por varios tribunales de la Provincia****, la posición adoptada en la sentencia de la Cámara de Apelación recurrida ante esta Corte transita por un carril que, apartándose el primer criterio, no se identifica con el segundo registro arriba mencionado****. En esencia* ***admite que el pagaré, cuando tiene su raíz en un vínculo jurídico alcanzado por el art. 36 de la LDC, pueda ser integrado con los documentos que instrumentan el negocio causal; integración que se impone como condición de admisibilidad de la pretensión ejecutiva.*** *La constatación acerca del cumplimiento de aquella norma legal –y la observancia de los demás requisitos previstos a tal efecto- determina la viabilidad del reclamo articulado en el proceso.*

Por lo tanto, ***si el título valor, autónomamente o integrado, reúne las exigencias del citado art. 36 será pertinente la ejecución en los límites que resulten del negocio base de la relación jurídica.****"* (la negrita es nuestra)

Esta última postura, seguida por la Cámara Departamental en la sentencia en análisis, **es a la que adhiere el Dr Soria** pues, para este ministro, *"lejos de apartarse de las normas aplicables, las armoniza y las concilia de modo razonable."*

En definitiva, ***"(s)i la documentación acompañada por el ejecutante permite comprobar el cumplimiento del art. 36 de la LDC*** *no parece excesivo, al menos en casos como el de autos, permitir el uso"* de la vía ejecutiva. (la negrita es nuestra)

En el caso concreto, la Cámara, *"****tras inspeccionar el contrato de solicitud de préstamo (mutuo) que complementa al pagaré, la Cámara de Apelación valoró que merced a la integración de ambos documentos se cumplía con el art. 36 de la LDC.*** *Por tal motivo* ***desglosó del reclamo el monto del capital que surgía de dicho contrato y supeditó el pronunciamiento acerca de los intereses -rubro susceptible de revisión en caso de abuso o desproporción, art. 771, Código Civil y Comercial- para la oportunidad del dictado de la sentencia.***

Ese modo de obrar, que cabe juzgar aquí en el marco de lo resuelto por el a quo y de los agravios articulados ante esta Corte, no contraviene los parámetros interpretativos antes mencionados."

Estos fundamentos fueron compartidos por los ministros de Lázzari, Genoud y Negri, por lo que, en consecuencia, se decidió rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

III. 7.14. Pagaré de consumo: El que tenía que tener la información era el deudor

La Cámara Nacional en lo Comercial confirmó la resolución que rechazó la ejecución de un pagaré por considerar que no se cumplieron con los requisitos exigidos por el art 36 de la ley de Defensa del Consumidor, dado que la documentación acompañada al expediente, donde se pretendía informar la cantidad, periodicidad y

monto de los pagos a realizar, no era parte original del contrato y el deudor no pudo haberla conocido.

Así lo resolvió la Sala C, el 15 de noviembre de 2019, en los autos **«BANCO HIPOTECARIO S.A. c/ RODRIGUEZ, ELADIA DORA s/EJECUTIVO».**

La actora apeló la resolución que declaró la nulidad de la documentación base de la presente ejecución.

Oportunamente, la jueza de grado requirió a la ejecutante que aclare si se había dado cumplimiento con las previsiones contenidas en el art. 36 de la ley de Defensa del Consumidor, especialmente, observó lo indicado por el inc. g de esa norma, que ordena consignar, de modo claro y bajo pena de nulidad, *«…La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;…».*

Ante esto, la actora acompañó una planilla correspondiente al préstamo en el que expresó el detalle del monto de ciertas cuotas del préstamo, su composición y fecha de vencimiento.

En la resolución recurrida, **la sentenciante advirtió que ese documento no era parte original del contrato y que el deudor no pudo haberlo conocido**. A la vez, observó que en la referida planilla sólo se detallaban determinadas cuotas y rubros y concluyó en la falta de correspondencia de la documental arrimada y el pagaré con la legislación imperativa aplicable al caso.

Por su parte, el Tribunal de Alzada compartió los fundamentos de la resolución impugnada.

En tal sentido, expresó que *«en la especie, no se aprecia satisfecho el recaudo que exige la norma invocada por la señora juez a quo, **circunstancia que se verifica de la actitud asumida por la parte frente al requerimiento que le fue efectuado**.»* (la negrita es nuestra)

En el presente caso, *«(l)a cantidad y periodicidad de las cuotas ha sido indicada en el contrato;* ***no obstante, si bien su valor podría extraerse del cálculo que la recurrente propone, aquél no ha sido consignado del modo que refiere la norma.***

Precisamente, ***la planilla acompañada por la apelante importa un reconocimiento de la omisión en que incurrió al tiempo de otorgar el préstamo*** *a la demandada, esto es, sin observar las previsiones que contiene la ley* ***dirigidas a brindar información precisa y concreta de los productos*** *que en este caso, la entidad financiera proveyó a su cliente.».* (la negrita es nuestra)

Por lo anterior, se resolvió rechazar la apelación y confirmar la resolución apelada.

III. 7.15. “Pagaré de consumo integrado”: La SCBA reafirma su doctrina

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto contra una sentencia que dispuso la preparación de la vía ejecutiva de un pagaré suscripto por un consumidor, reafirmando así su doctrina favorable a que el ejecutante pueda acompañar documentación que acredite el cumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Así lo decidió, el 8 de Mayo de 2020, en los autos **"TRUST FUNDS S.A. C/ ROMERO LILIANA EMILCE S/ COBRO EJECUTIVO".**

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín revocó el pronunciamiento de origen que, a su turno y en el marco de un proceso ejecutivo incoado por la firma Trust Funds S.A., declarara oficiosamente la inhabilidad del título base.

En consecuencia, mandó a preparar la vía ejecutiva respecto de la documentación adicional aportada por la actora.

Frente a ello, el Fiscal General departamental interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el que aduce infracción a los arts. 36, 53 y concs. de la ley 24.240 y conculcación de doctrina legal que cita, solicitando que se mantenga lo decidido por el juez de primer grado y que se declare inhábil al título ejecutivo.

El Máximo Tribunal bonaerense, a su turno, se remite a su precedente de autos "Asociación Mutual Asís", donde consideró que *"...en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordenamiento ritual (arg. arts. 34 inc. 5 apdo. "c" y 36 inc. 2 y concs., CPCC),* ***el juez puede encuadrar el asunto como una relación de consumo*** *a fin de subsumirlo en el art. 36 de la ley 24.240."* (la negrita es nuestra)

Posteriormente, *"en la causa C. 122.124, "Recupero On Line S.A." (resol. de 18-IX-2019), se expresó que* ***los jueces se encuentran habilitados para examinar si los papeles cambiarios abastecen los recaudos exigidos por el mentado art. 36, pudiendo valorar aquellos instrumentos complementarios que se hubieran acompañado en la demanda y/u ordenar su acompañamiento*** *en el supuesto que se hubiesen omitido, a través de la vía procesal pertinente (arts. 34 inc. 5, apdo. "b", 36 inc. 2 y 523, CPCC)."* (la negrita es nuestra)

Lo anterior, *"sin desmedro del* ***derecho del ejecutado de articular defensas, incluso centradas en el art. 36 de la ley 24.240,*** *tendientes a neutralizar la procedencia de la acción..."* (la negrita es nuestra)

Por lo anterior, *"guardando la sentencia en crisis una estricta correspondencia con lo resuelto por esta Corte en los precedentes referidos,* ***cabe repeler la vía intentada y descartar las infraccione****s indicadas a lo largo de la pieza fundante (conf. arts. 31 bis y 289, cit.)."* (la negrita es nuestra)

III. 7.16. Título ejecutivo de consumo "defectuoso": El juez lo interpretará a favor del consumidor

En una ejecución prendaria, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul consideró que "no corresponde asimilar el incumplimiento absoluto del art. 36"

de la Ley de Defensa del Consumidor “con su cumplimiento defectuoso, o ante la advertencia de aspectos oscuros o contradictorios en la información brindada” y, en consecuencia, resolvió dejar sin efecto la sentencia dictada, “…por prematura, y devolver los autos al juzgado a fin de que se dé curso a la vía ejecutiva”, ordenándose el respectivo mandamiento de intimación de pago y embargo. Luego, en oportunidad de dictar sentencia, “advertidas que fueran las contradicciones o insuficiencia de la información brindada al efecto, deberá resolver en el sentido más favorable al consumidor”.

Así lo resolvió la Sala I, el 12 de Mayo de 2020, en los autos **"ALARFIN SA C/ ROJAS PABLO ALFREDO S/ EJECUCION PRENDARIA ".**

La ejecución prendaria es iniciada en virtud del contrato de prenda celebrado entre las partes, y por el cobro de la suma de $ 48.384,37, con más los intereses compensatorios y punitorios pactados en dicho contrato, desde la fecha de mora (15/7/2018), hasta su efectivo pago.

En el escrito inicial se indica que la suma reclamada tiene su fundamento en un crédito instrumentado en un contrato de prenda con registro celebrado el día 21/2/2018. Dicho crédito fue convenido por la suma de $ 71.952, y operado el vencimiento de la quinta cuota del crédito prendario de $ 5.996, la misma no fue abonada, por lo que se adeuda la suma de $ 48.384,37.

En primera instancia se declara la inhabilidad del título base de la acción, rechazando en consecuencia la ejecución intentada, con fundamento en que la documentación base de la acción no satisface la totalidad de los recaudos exigidos por el art. 36 LDC.

En particular, se advierte que **si bien el título contiene los datos exigidos por el art. 36, los mismos resultan contradictorios entre sí**, dado que **la multiplicación de las 12 cuotas pactadas de $ 5.996 importa la devolución total de los $ 71.952 indicado como monto total del contrato de prenda.** Sin embargo, **ello no se condice con la aplicación del interés compensatorio del 59,01 % anual (TNA).**

También se hace notar **que el costo financiero total es del 71,40% mientras la tasa efectiva anual es del 77,90%, lo cual resulta técnicamente incorrecto e ilógico ya que el CFT incluye la TEA, por lo que nunca podría ser superior la tasa al costo**.

En la Alzada, la vocal preopinante es la Dra. Comparato, quien comienza por reseñar los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal y de la Suprema Corte de la Provincia y referirse al Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor elevado el día 06.12.2018 a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo de la Nación, el cual, al regular el pagaré de consumo en su art. 91, contempla la posibilidad de integrar el pagaré con otros documentos suscriptos por el consumidor.

Entre la jurisprudencia mencionada, figura el plenario Departamental de autos **"HSBC BANK ARGENTINA C/ PARDO CRISTIAN DANIEL S/ COBRO EJECUTIVO (EXPTE. 613809)"** donde por mayoría, con fecha 9/3/2017, el Tribunal resolvió fijar la siguiente doctrina: ***"El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita"***. (la negrita es del original)

Al respecto, la vocal destacó que "*si bien el plenario departamental transcripto refiere al pagaré de consumo, este Tribunal viene aplicando el criterio expuesto en materia habilidad de títulos ejecutivos a otros instrumentos (vr. gr. saldo deudor de cuenta corriente bancaria en causa n° 64.561 (SD) "Banco Santander Rio" del 22/10/2019, entre otros. También en supuestos de reconocimiento de deuda, causa n° 59.565 (SD) "Credifin Azul SRL" del 26/5/2015. Y en ejecución de cheques. Causa n° 64.787 "Hauswagen Olavarría SA" (SD) del 10/12/2019),* ***declarando la inhabilidad de los títulos de crédito integrados con la documentación del negocio causal, cuando el título integrado no contenía la información exigida por el 36 LDC, o incluso si presentaba conceptos oscuros o información insuficiente*** *(esta Sala, causas n° 61.380*

"HSBC" (SD) del 18/4/2017; n° 62.580 "Credil SRL" (SD) 21/12/2017; n° 63.122 "Credil" (SD) del 16/8/2018; n° 63.343 "Banco Macro" (SD) del 12/10/2018; 63.379 "Consumo SA" (SD) del 23/10/2018; n° 63.659 "Banco Santander Río" (SD) del 12/3/2019; en el mismo sentido Sala II, causa n° 60.770 "Banco Galicia" del 13/6/2016).” (la negrita es del original)

Ahora bien, para la magistrado, *“ante la observación de* ***la gran cantidad de demandas ejecutivas que se desestiman por aplicación de tal doctrina****, entiendo que* ***no corresponde asimilar el incumplimiento absoluto del art. 36 LDC con su cumplimiento defectuoso, o ante la advertencia de aspectos oscuros o contradictorios en la información brindada****.”* (la negrita es nuestra)

“En tal sentido, es interesante observar que en la causa en la cual nuestro Superior Tribunal sentó doctrina legal respecto a este tema (C. 121.684, 'Asociación Mutual Asís', sent. de 14-VIII-2019), la Sala III de la Cámara de Apelaciones de San Martín ***había observado una contradicción entre el importe del pagaré que se pretendía ejecutar y el consignado en el mutuo, lo cual parecía indicar que el importe consignado en el cartular comprendía capital más intereses, y no obstante ello permitió que la ejecución continuara adelante, tomando como monto el consignado en el negocio causal, es decir, menor al reclamado en la demanda****.”* (la negrita es nuestra)

Por lo tanto, *“la solución aquí propuesta es que* ***en los casos en que la información brindada en cumplimiento con lo dispuesto por el art. 36 resulte de algún modo defectuosa, oscura o insuficiente, ello no inhabilite sin más la vía ejecutiva para su reclamo, sino que el juez resuelva al efecto en el sentido más favorable al consumidor,*** *en consonancia con los principios rectores pro consumidor y pro deudor (conf. art. 42 CN; 38 Constitución Provincial; 1, 2, 3, 4, 36, 37 y 65 LDC y 1100 y ccdtes. CCCN).”* (la negrita es nuestra)

Además, *“****el rechazo de la vía ejecutiva ante cualquier supuesto de insuficiencia de información (aún mínima que fuera), o ante la existencia de información contradictoria, terminaría perjudicando al mismo consumidor*** *quien se verá demandado en un juicio ordinario* ***donde los gastos causídicos son mayores a los***

del proceso ejecutivo *(vr. gr. honorarios del mediador, pericias contables, etc.).”* (la negrita es nuestra)

Siendo compartido este criterio, se resolvió dejar sin efecto la sentencia dictada, “…por prematura, y devolver los autos al juzgado a fin de que se dé curso a la vía ejecutiva”, ordenándose el respectivo mandamiento de intimación de pago y embargo y, en oportunidad de dictar sentencia, advertidas que fueran las contradicciones o insuficiencia de la información brindada al efecto, deberá resolver en el sentido más favorable al consumidor.

III. 7.17. El tema en el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor[82].

La cuestión está regulada en el art. 91:

"Pagaré de consumo. ***Si una obligación de dar dinero emergente de una relación de consumo se instrumenta en un documento pagaré****, se regirá por lo* ***establecido en esta ley y subsidiariamente por lo dispuesto en otras normas generales y especiales. En todos los casos se aplica el principio de interpretación más favorable al consumidor****.*

Además de los recaudos establecidos en la legislación especial, ***el documento deberá contener la totalidad de la información exigida*** *en el artículo 85 de la presente ley. La inobservancia de los requisitos mencionados, torna inhábil al pagaré como título ejecutivo, defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva. Sin perjuicio de ello,* ***el proveedor podrá acompañar a su demanda ejecutiva, otros documentos suscriptos por el consumidor, de los que resulte el cumplimiento de la totalidad de las exigencias establecidas en este artículo.*** *Vencida aquella oportunidad procesal, el ejecutante no podrá ejercer la facultad de integrar el título. Lo previsto en esta norma*

---

[82] Expediente S-2576/19. Puede consultarse en https://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/ . El mismo fue realizado por una Comisión integrada por los Dres. Carlos Alfredo Hernández –en calidad de integrante y coordinador- , Gabriel Alejandro Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D’archivio, Maria Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Alejandro Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Hernán Wajntraub.

El Proyecto plantea una reforma integral de la materia, propone la derogación de la ley 24.240, cuenta con 186 artículos y se divide en seis Títulos.

será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero.”

Como puede apreciarse:

a) la norma es específica para el pagaré.

b) Se establece prelación de la normativa consumeril por sobre la cambiaria y la general.

c) Al presentar la demanda ejecutiva, se permite la integración del pagaré con otros documentos firmados por el consumidor.

III. 8. Los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial

En el CCC, los contratos bancarios están regulados entre los arts. 1378 y 1420. El legislador optó por establecer un conjunto de reglas o principios aplicables a todos los contratos bancarios (arts. 1378 a 1383), seguido por disposiciones especificas para los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios" (arts. 1384 a 1389) y, a continuación, legisló sobre una serie de contratos bancarios en particular (arts. 1390 a 1420).

Estos contratos bancarios "en particular" son:

* Depósito bancario
* Cuenta corriente bancaria
* Préstamo bancario
* Descuento bancario
* Apertura de crédito
* Servicio de caja de seguridad
* Custodia de títulos

Respecto de las reglas o principios aplicables a todos los contratos bancarios, establecidas en los arts. 1378 a 1383, en los fundamentos del Proyecto Original,

redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se expresa que es *"propósito del Código Civil establecer normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad y es por eso que se incluye una Sección 1ª relativa a la transparencia en las condiciones contractuales. Se dispone que:*

· la publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial.

· Los bancos deben informar en sus anuncios en forma clara la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.

· El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.

· Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés

y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.

· 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.

· 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."

Si se comparan los Fundamentos con el texto de los arts. 1378 a 1383 se observará que dichos "Fundamentos" no agregan prácticamente ninguna explicación al texto de los artículos mencionados.

Por nuestra parte, destacamos lo siguiente:

1) A diferencia de los derogados Códigos Civil (vgr. art. 2185, inc. 4°) y de Comercio (vgr. art. 579), que declaran una preeminencia de la legislación específica, el CCC, en su art. 1378, establece que sus disposiciones se aplican a los contratos

celebrados *"con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras"*, sin establecer ningún carácter subsidiario.

2) No solo eso, sino que, además de aplicarse a los contratos celebrados *"con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras"*, el mencionado art. 1378 también extiende su aplicación a los contratos celebrados con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en la normativa sobre entidades financieras cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable. Por ejemplo, conforme a las disposiciones sobre "PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS", punto 1.1.2:

* Casas, agencias y oficinas de cambio, excepto por las operaciones permitidas de conformidad con el art. 3ro. del Decreto N° 62/71.

* Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras.

* Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito.

3) El artículo 1381 CCC presenta una incompatibilidad con el 36 LDC. En efecto, el 1381 prevé que "…*El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés,* ***es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina*** *a la fecha del desembolso o de la imposición…."*

Es decir, si en un préstamo bancario no figura la tasa de interés, sería aplicable la tasa activa (la que cobran los bancos) nominal mínima.

En cambio, el art. 36 LDC prescribe que "*deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el*

Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato."

Es decir, para un mismo caso (prestamos), el CCC nos habla de tasa activa nominal mínima y la LDC de tasa pasiva *promedio del mercado* (que generalmente es inferior a la activa, incluso a la activa nominal mínima)

Al respecto, entendemos que, en cada caso, deberá prevalecer la solución más favorable para el consumidor (conf. Art. 3 LDC y 1094 CCC). Además, el citado art. 1381 no es especifico de los *"Contratos bancarios con consumidores y usuarios"* (regulados en los arts. 1384 a 1389), sino que se ubica en la "parte general" de los contratos bancarios. Por ello, las disposiciones propias del régimen consumerista (tanto la LDC como los artículos del CCC que regulan el tema) prevalecen sobre las generales.

4) Un problema similar se presenta al confrontar los artículos 1389 del CCC (este si ubicado en el parágrafo referido a los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios") y el 36 LDC. En efecto, mientras el 1389 CCC prescribe que

"Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso."

El art. 36 LDC, en cambio, adopta un criterio más flexible, al establecer que

"…Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario."

Entendemos que la solución de la LDC resulta más favorable para el consumidor, al permitirle solicitar la nulidad de todo el contrato o de algunas de sus cláusulas.

III. 9. El CCC y el contrato de servicio de caja de seguridad

Por empezar, en el CCC, el contrato de *"servicio de caja de seguridad"* está regulado dentro de los contratos bancarios, concretamente, en los artículos 1413 a 1417.

Ahora bien, el contrato de *"servicio de caja de seguridad"* no está definido en el CCC. El art. 1413 establece que *"El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario* ***por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas,*** *conforme con lo pactado y lasexpectativas creadas en el usuario. No responde* ***por caso fortuito externo a su actividad,*** *ni por* ***vicio propio de las cosas guardadas****."* (la negrita es nuestra)

En los fundamentos del Proyecto Original, redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se expresa lo siguiente (pags 155 y 156):

"El servicio de caja de seguridad es muy utilizado en nuestro país y ha motivado una profusa litigiosidad, razón por la cual se regula especialmente. Esta tesis fue adoptada por el Proyecto de 1987 y los sucesivos proyectos de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, del Poder Ejecutivo del mismo año, y de 1998. En todos ellos se otorga especificidad al contrato de caja de seguridad, independizándolo del contrato de depósito, por cuanto tiene una naturaleza diversa de éste.

Las diferencias son en cuanto a la responsabilidad del prestador del servicio, ya que en el Proyecto de 1998 se establece que sólo puede eximirse de responsabilidad por el caso fortuito externo al servicio prestado y por vicio propio de las cosas guardadas con lo que se precisa la formulación que hacían los antecedentes.

En nuestro Anteproyecto se adopta una perspectiva diferente para hacer más clara la responsabilidad del banco*. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por* ***la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas****, conforme con lo pactado y las****expectativas creadas*** *en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas.****La incorporación de las expectativas del consumidor es importante para este tema.****"* (la negrita es nuestra)

Lamentablemente, en los Fundamentos no se nos dice porque "*La incorporación de las expectativas del consumidor es importante para este tema".* De todas maneras, es

absolutamente razonable tener en cuenta las expectativas generadas en la contraparte, más aún si este califica como consumidor.

Esto está previsto tanto en nuestra actual LDC, como en el CCC, al regular los contratos de consumo. En efecto, ***"****Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor"* (conf. art. 8 LDC y similar texto del 1103 del CCC). Las expectativas generadas influyen y hasta pueden ser determinantes a la hora de contratar. Por dar un ejemplo, si un banco publicita su servicio de caja de seguridad dando a entender que cuenta con elementos de seguridad "mejores" que los de la competencia y luego de un robo resulta que utilizaba las medidas "estándar" de cualquier institución bancaria, esto se debe tener en cuenta a la hora de cuantificar el daño moral o extrapatrimonial.

Por otra parte, pasando a la eventual responsabilidad civil del prestador del servicio, entendemos que se consagra una obligación de custodia de resultado a cargo del prestador, con factor objetivo de atribución de responsabilidad.

Vale decir que el prestador se exime de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por:

1) *Caso fortuito externo a su actividad.* Es decir, debe ser un riesgo ajeno a la actividad de custodia de cajas de seguridad. Por ejemplo, sucesos como el robo o el hurto no pueden considerarse ajenos al riesgo propio del servicio de caja de seguridad. Ese es justamente el riesgo que el usuario traslada al prestador del servicio y, simultáneamente, la razón por la que hace el contrato. La eximente está en concordancia con lo dispuesto en el art. 1733 del CCC, en cuanto establece que *"…Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento,* ***el deudor es responsable*** *en los siguientes casos:…*

…e) ***si el caso fortuito*** *y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta,* ***constituyen <u>una contingencia propia del riesgo</u>*** *de la cosa* ***o <u>la actividad</u>****;"*

2) *Vicio propio de las cosas guardadas*, que, en realidad, no sería más que un supuesto de caso fortuito externo a la actividad del prestador.

Por otro lado, queda claro que la prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio (conf. Art. 1415).

Un tema que sin dudas generará controversias es la posibilidad de limitación de responsabilidad:

ARTÍCULO 1414.- ***Límites*** *. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y ellímite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.*

En definitiva, es válida una cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo, sujeta a las siguientes condiciones:

* Que el usuario sea debidamente informado. Téngase en cuenta que estos contratos van a hacerse siempre por adhesión. En la práctica, lamentablemente, la previa información tiene una utilidad relativa en los contratos por adhesión donde, como sabemos, el adherente solo puede aceptar y rechazar. Menos aún sirve en aquellos mercados donde la oferta está concentrada en pocos empresarios, en los que el rechazo se encuentra fuertemente condicionado por el hecho de que los competidores del predisponente probablemente van a ofrecer las mismas condiciones de contratación. Dicho de otra manera, y aplicándolo a este caso concreto, si *todos los bancos ofrecen las mismas o similares condiciones contratación*, es poca la posibilidad de elección que tiene el adherente, por más que se encuentre *"debidamente informado"* respecto de la limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo.

* Que el límite no importe una desnaturalización de las obligaciones del prestador, lo cual no deja de ser una frase obvia que por su imprecisión no aporta ninguna seguridad y que, tememos, generará conflictos. ¿Por debajo de que monto máximo de responsabilidad se considerarán "desnaturalizadas" las obligaciones del prestador? Una cosa es hablar de desnaturalización de las obligaciones como principio general para impugnar una clausula, como lo hace el art. 37 inc.a) de la LDC, y otra es usar esa palabra para, supuestamente, fijar un límite en un tema concreto.

Entendemos que habrá que interpretarla de conformidad con el concepto de cláusula abusiva que surge del art. 1119 del CCC.

Consideramos inconveniente y contraria a la causa fin del contrato, la limitación de responsabilidad en este supuesto, porque la sola limitación de responsabilidad, cuando el servicio ofrecido es, precisamente, "seguridad" va en contra de la naturaleza de la prestación comprometida. Es casi como ofrecer "seguridad limitada".

Adviértase, además, que el banco puede limitar su responsabilidad hasta un máximo, pero esto no opera como una cláusula penal a favor del usuario, pues este igual tendrá que probar el contenido de la caja para reclamar indemnización. Por lo menos, esto es lo que surge de la lectura del articulado.

Es decir, ya que el banco puede beneficiarse con una responsabilidad limitada, sería lógico que en esos casos, recíprocamente, el usuario quede eximido de probar el contenido de la caja y, en caso de robo, por ejemplo, el banco le pague automáticamente dicho monto máximo. Pero, repetimos, esto no surge del CCC.

Por último, tratándose de un contrato de consumo, este artículo entra en contradicción con lo previsto por el art. 37 inc. a) de la LDC, el que no sufrirá modificaciones luego de la entrada en vigencia del CCC. Este artículo establece expresamente que:

*"…Sin perjuicio de la validez del contrato, **se tendrán por no convenidas**:*
*a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones **o limiten la responsabilidad por daños**;…"* (la negrita y el subrayado es nuestro)

Como sabemos, la LDC es de orden público, como lo establece su propio art. 65. El CCC contiene un precepto que fija un orden de prelación entre normas referidas a un mismo tema, en materia contractual:

*ARTICULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren **disposiciones de este Código y de alguna ley especial**, las normas se aplican con el siguiente orden de*

prelación:

*a) **normas indisponibles de la ley especial** y de este Código;*

b) normas particulares del contrato;

c) normas supletorias de la ley especial;

d) normas supletorias de este Código.

Además, a tenor del art. 1384 CCC, las "*disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093."*

Es decir que, en la eventualidad de que el contrato bancario sea al mismo tiempo contrato de consumo, en caso de duda sobre la interpretación del CCC o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor (arg. conf. art. 1094).

III. 10. El sobreendeudamiento y la función preventiva en el Código Civil y Comercial y en el Proyecto de ley de Defensa del Consumidor

III. 10.1. Introducción

La denominada "contratación por adhesión" presenta particularidades que nos hacen dudar que, realmente, nos encontremos ante un acuerdo de voluntades.

En especial en aquellos casos donde, además de estar anulada la facultad de negociar el contenido del "contrato" por parte del adherente, este no solo desconoce el contenido de la mayoría de sus cláusulas sino que tuvo severamente limitada la libertad de elección, previo a la celebración del "acuerdo"[83].

[83] Rossi, Jorge Oscar trata el el tema en las páginas 485 a 487 de su libro "Derecho de Consumidores y Usuarios" (El "Sistema General" y el "Microsistema Especial" del Derecho del Consumo), de Ediciones D&D, año 2017. Entre otras cosas, plantea que "creemos que en esos casos *no existe acuerdo de voluntades ni autonomía de la voluntad sino acumulación de voluntades con subordinación de una voluntad a otra.*

En muchos contratos financieros[84], esto conduce a agravar innecesariamente el endeudamiento del adherente, pudiendo desembocar en el sobreendeudamiento del mismo.

En su oportunidad[85], definimos el estado de sobreendeudamiento del consumidor como "la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad".

El fallo que comentaremos a continuación trata de la prevención del endeudamiento innecesario y nos proporciona, además, un buen ejemplo para ver cómo regula el tema el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

La diferencia entre *acuerdo* y *acumulación* de voluntades no es un juego de palabras sino una diferente manera de vincularse jurídicamente.
En el *acuerdo de voluntades se toma una resolución en conjunto*. Todas las voluntades tuvieron la misma posibilidad de participar en la elaboración de dicha resolución.
En cambio, *en la acumulación de voluntades*, una voluntad (la del predisponente) elaboró la resolución (el "contrato") y las otras voluntades (la del o los adherentes) se unieron, sumaron o "pegaron" a la misma, sin poder participar en la elaboración de dicha resolución.
En nuestra opinión, el llamado "contrato" por adhesión no es un contrato y la fuente de obligatoriedad de sus efectos no es la autonomía de la voluntad, que no existe, sino la equivalencia de las prestaciones creadas.
Aquí solo nos limitamos a decir que preferimos hablar de *"actos de consumo bilaterales" celebrados por adhesión,* en lugar de *"contratos de consumo" celebrados por adhesión.*
Creemos que *la* principal *desventaja* de llamar a estos actos con la denominación *"contratos por adhesión"* es, ni más ni menos, *que los seguimos considerando contratos* y eso conlleva una carga implícita: Por más que agreguemos, "por adhesión", seguimos pensando que es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades donde existe un "mínimo de autonomía de voluntad" y "una voluntad común y concurrente" en su formación."
En cambio, el acto jurídico bilateral por adhesión no implica acuerdo sino asentimiento o conformidad de una parte, con el negocio propuesto por la otra, *en la medida que ese negocio es conocido* por aquel que da su conformidad. *No hay autonomía de voluntad,* ni poca ni mucha, porque *"las"* partes no se dan sus propias normas. Una parte fija las normas, la otra solo presta conformidad.
En los *actos de consumo bilaterales por adhesión* (o contratación por adhesión con cláusulas predispuestas por el empresario, como se dice tradicionalmente), a la hora de analizar responsabilidades se debe pensar más en distribuir riesgos que culpas. Más que asumir la propia culpa, se trata de asumir el propio riesgo."

[84] Vgr. compraventa a crédito, mutuo, servicio de tarjeta de crédito, leasing, etc.

[85] En el punto 5.7.2. de nuestra tesis doctoral, titulada "Regulación del endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor en la República Argentina", que fuera defendida en la Universidad de Morón el 28 de abril de 2017. En papel, un ejemplar se encuentra depositado en la Biblioteca "Mariano Moreno" de la Universidad de Morón y otro en la Biblioteca de la Fundación Cijuso.

Previo a adentrarnos en el mismo, conviene decir unas palabras sobre la denominada “función preventiva de la responsabilidad civil”.

III. 10.2. El principio de buena fe y el deber de prevención

Dispone el art. 9 del Código Civil y Comercial (CCC) que *“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”*

En tal sentido, se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto que

"Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, **tuvieron un proceso histórico de generalización creciente.** Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y *finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado***.**

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

*Por esta razón se propone su inclusión en el Título Preliminar***.**" [86]

Asimismo, "se propone que la buena fe *sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos,* lo que *luego se complementa con reglas específicas* aplicables a distintos ámbitos." [87]

Respecto de las "reglas específicas", y en lo que hace a nuestro tema, el art. 1710 inc. b impone el deber de "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud..."

Volviendo a la buena fe como *principio general aplicable al ejercicio de los derechos***,** cabe señalar que el CCC no nos brinda una definición de “buena fe”.

---

[86] Fundamentos, pág. 17, la cursiva es nuestra. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

[87] Fundamentos, pág. 18, la cursiva es nuestra.

Por nuestra parte, consideramos que la buena fe *como principio general aplicable al ejercicio de los derechos,* consiste *en ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.*

Cuando hablamos de ejercicio "diligente", nos referimos a un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar. Por ejemplo, es el comportamiento "cuidadoso y previsor" que exige, en materia contractual, el art. 961 CCC.

Construimos esta noción, por oposición a la de culpa, contenida ahora en el art. 1724 CCC: *"La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión".*

Es decir, *el mero obrar culposo es un obrar de mala fe*, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos.

Sigue expresándose en los Fundamentos que *"(e)l artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (artículo 1585). Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a)* ***en cuanto dependa de ella,*** *es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre* ***en su esfera de control,*** *ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que* ***obrara de buena fe,*** *disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa…"* [88]

El artículo del CCC mencionado en el texto precedente es el siguiente:

[88] Página 177 de los Fundamentos del Proyecto, la cursiva es nuestra

ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) *evitar causar un daño no justificado*;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo." *(la cursiva es nuestra)*

Como puede verse, se trata de la adopción expresa del principio romano conocido como "neminem laedere": no dañar a nadie.

III. 10.3. La acción preventiva

"La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) ***no es exigible la*** *concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir."* [89]

En el **CCC**, la acción preventiva queda regulada de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1711.- ***Acción preventiva.*** *La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución."*

[89] De los Fundamentos del Proyecto, pag. 177, la cursiva es nuestra.

En otras palabras, como lo que se busca es evitar un posible daño, en lugar de condenar a alguien a repararlo, lo que se busca es obligar a alguien a tomar medidas para prevenirlo. Por ello, no es relevante la existencia de dolo, culpa o de algún factor objetivo (asunción de riesgo, garantía, solidaridad, etc) atribuible al sujeto cuya conducta o cuyas cosas son potencialmente dañosas.

Estrictamente, no existiendo todavía daño, no puede haber factor de atribución, pues, *de acuerdo a la terminología* adoptada por el **CCC**, se trata de factores de atribución *de un daño* (conf. art. 1721).

En la terminología adoptada por el **CCC**, el factor de atribución es un ***factor de imputación del deber de reparar*** un daño. Por eso, en la acción preventiva no se exige la existencia de este requisito.

Siguiendo con el tema, en materia de acción preventiva, de lo que se trata es de evitar el daño y por eso, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos.

Así lo dispone el art. 1713:

*ARTÍCULO 1713.- **Sentencia**. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad."*

En cuanto a la legitimación activa, el art. 1712 prescribe que *"Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño."*

Por otro lado, el legitimado pasivo sería aquella persona que, en el caso concreto, tiene el deber de evitar causar un daño injustificado (conf. art. 1710). En un ejemplo sencillo, si una pared amenaza derrumbarse, el legitimado pasivo sería el dueño y, eventualmente, el guardián de la misma, *pues la pared se encuentra dentro de su "esfera de control"*, usando las palabras de los Fundamentos del Proyecto.

El juez, aún de oficio (conf. art. 1713), puede disponer que ellos reparen o apuntalen la pared (obligación de hacer, conf. art. 1713), a fin de evitar posibles daños.

Obviamente, el campo de aplicación de esta acción es más amplio que la protección de derechos patrimoniales. Puede utilizarse también, a fin de prevenir daños contra derechos personalísimos (vgr. salud, honor, etc) o derechos de incidencia colectiva (vgr. protección del ambiente).

La acción preventiva podrá ejercerse mediante un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención[90], o como parte de un proceso de daños y perjuicios, por ejemplo, a fin de evitar el agravamiento de un daño.

III. 10.4. La acción preventiva en casos de derechos de incidencia colectiva y el deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores"

El artículo 43 de la Constitución Nacional menciona pero no define a los derechos de incidencia colectiva.

*"**Artículo 43**.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización..."

[90] Conf. Fundamentos, pagina 177.

En cambio, el artículo 24 del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (CPDC, ley 13.133) nos da una pauta para realizar una caracterización de este concepto.

Lo hace al decir que "Cuando las acciones judiciales hayan sido promovidas en razón de derechos de incidencia colectiva de los consumidores o usuarios, los acuerdos conciliatorios beneficiarán *a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho* que motivó el litigio...". (la cursiva es nuestra)

Así, puede decirse que estamos en presencia a la violación de un derecho de incidencia colectiva, que genera una consecuente acción, *cuando un hecho afecta o amenaza una pluralidad indeterminada de personas.*

Esta, adelantamos, es una concepción amplia de los derechos de incidencia colectiva, que ahora parece haberse impuesto, dada la actual redacción del art. 54 de la ley 24.240 (LDC) y la evolución doctrinaria y jurisprudencial[91].

Ya en los autos "*DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ SECRETARÍA DE COMUNICACIONES - RESOL. 2926/99 S/ AMPARO LEY 16.986***."**[92]**,** resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 31 de octubre de 2006, el voto en disidencia de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti analizó este tema, indagando acerca del contenido de los derechos de incidencia colectiva y su diferencia con los derecho de incidencia "individual" o "derechos individuales". Así, se dijo:

"...en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a *derechos individuales,* a *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos,* o a *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos."* (la cursiva es nuestra)

---

[91] Un ejemplo muy interesante de las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales en materia de derechos de incidencia colectiva lo da la conocida causa "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR SA s. responsabilidad por daños" – (CNCIV Y COMFED - SALA I - 16/03/2000), donde la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires invocó la representación de miles de usuarios afectados por un prolongado corte de electricidad. En esta causa se entendió que no se trataba de derechos de incidencia colectiva sino de derechos individuales y se legitimó al Defensor del Pueblo porque el artículo 137 de la Constitución de la Ciudad incluyó a los derechos individuales entre los derechos cuya protección se le encomienda a este Defensor.

[92] Fuente: www.csjn.gov.ar

En cuanto a los derechos individuales, estos "son ejercidos por su titular (la regla) no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, *no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable."* (la cursiva es nuestra)

En cambio, referente a la legitimación activa en derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, **"**la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna... No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como *el ambiente*, es de *naturaleza colectiva*. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. *Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno...* los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional), son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado." (la cursiva es nuestra)

Por último, en los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, "la Constitución Nacional admite una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, *cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su art. 43.*

En estos casos *no hay un bien colectivo,* ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, *hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...* en

tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. *Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...* la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de *una causa fáctica común*, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, *habría una afectación grave del acceso a la justicia."* (la cursiva es nuestra)

Entonces, resumiendo, tenemos:

a) *Derechos individuales* (art. 14, inc. a CCC)

b) *Derechos de incidencia colectiva*, (art. 14, inc. b CCC), que se subdividen en

b1) *Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*, (vgr. el ambiente, los valores culturales, el paisaje, ver art. 240 CCC). Estos bienes colectivos, por definición, no son de titularidad exclusiva de ninguna persona ni, mucho menos, se encuentran en el patrimonio de ninguna persona. En cambio, una pluralidad indeterminada de personas (vgr. los habitantes de un lugar) están legitimados para representar a todos los demás, reclamando en defensa de todos los integrantes del "colectivo" afectado.

b2) *Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*, (no hay un bien colectivo afectado, sino derechos individuales, incluso de contenido patrimonial, que se encuentran amenazados o lesionados).

¿Cuál es la "incidencia colectiva?: Eso está dado por el carácter *homogéneo* de los intereses individuales amenazados o lesionados.

Para decirlo sencillamente: existe en estos casos una pluralidad indeterminada de personas se encuentra con que sus derechos están amenazados o lesionados por una única causa (por ejemplo**,** los miles de clientes bancarios cuyos derechos se ven afectados o amenazados por la misma cláusula de un contrato de mutuo celebrado por

adhesión con el mismo banco, o los miles de usuarios de una tarjeta de crédito perjudicados por el cobro de un cargo indebido). Razones de economía procesal y seguridad jurídica indican como razonable que haya un solo juicio y que los efectos de la sentencia sean oponibles a todos los que se encuentran en la misma situación

Ese es el requisito básico para la procedencia de estas acciones y, además, la Corte Suprema le agrega otro: Que la defensa por la vía individual del derecho afectado implique, en los hechos *una afectación grave del acceso a la justicia*[93]**.** Dicho de otra manera, este requisito implica analizar los costos y/o estímulos que el afectado puede tener para acudir a la justicia. Si a alguien le están cobrando un peso de más por mes, ¿iniciará un juicio? Más aún, ¿es eficaz para la administración de justicia que lo haga? ¿No es mucho más razonable que haya un solo juicio y que los efectos de la sentencia sean oponibles a todos los que se encuentran en la misma situación?

No debemos olvidar que el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a los derechos de los consumidores, dispone que "*La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos…".*

Como decíamos, entre los intereses colectivos propiamente dichos encontramos ejemplos en el art. 240 CCC. Entre los intereses individuales homogéneos tenemos, por ejemplo, a los adherentes de contratos de adhesión cuyos derechos pueden resultar afectados o amenazados por cláusulas abusivas, situaciones abusivas o prácticas abusivas.

III. 10.5. El fallo en análisis y el efecto erga omnes

La Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata condenó al Banco de la Provincia de Buenos Aires a abonar al actor la suma $80.000, más intereses, en concepto de daño extrapatrimonial, por haber faltado a los deberes de seguridad e

[93] Por ejemplo, en la sentencia del 18/08/16 en autos "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energia y Mineria s/ amparo colectivo" , la Corte Suprema destacó el derecho a la información y a la protección de los intereses económicos de los consumidores (art. 42 CN) a la hora de confirmar la nulidad de las resoluciones que fijaban reajustes tarifarios, pero limitó esa decisión "al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural", por entender que, respecto de los "no residenciales", no estaba demostrado ni aparecía evidente en el caso que "el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible", es decir, que fuera "necesario" tramitar su reclamo por un proceso colectivo.

información e incluir indebidamente al actor en la central de deudores del sistema financiero en el Banco Central de la República Argentina.

Además, dispuso de oficio un mandato preventivo para que el Banco de la Provincia de Buenos Aires se abstenga en el futuro de considerar en mora a los tomadores de préstamos en los que la modalidad de percepción de la cuota sea retención directa de los haberes jubilatorios o pensiones hasta tanto se los notifique fehacientemente de la imposibilidad de efectuar la retención y se les posibilite abonar en ventanilla.

Así se resolvió en los autos ***"Mármol Carlos Eduardo c/ Banco de la Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perj. incumplimiento contractual (sin resp. Estado)"***[94] **.**

La actora apeló la sentencia de primera instancia, donde se decidió rechazar la demanda que pretendía la eliminación de los erróneos registros de la base de datos del Banco Central de la República Argentina, por considerar que no se ha verificado en autos un obrar antijurídico por parte de la entidad demandada.

La apelante expone que de los escritos de contestación de demanda surge que la operatoria ofrecida por el banco era de cumplimiento imposible, sabiendo o debiendo saber la entidad bancaria que la liquidación por parte de ANSES del dinero retenido a los beneficiaros de pensiones no iba a poder cumplir las fechas y plazos establecidos y así evitar que fueran incluidos en la central de deudores del sistema financiero en el Banco Central de la República Argentina.

Sostiene que tratándose de una relación de consumo, el banco demandado viola su deber de seguridad, constituyendo ello un obrar antijurídico suficiente como presupuesto de la responsabilidad civil.

En segundo lugar, se agravia de la falta de tratamiento del reclamo referido al daño moral y entiende que la sola errónea incorporación de su parte en el registro de

[94] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata - Sala Tercera, 18/12/2018.

deudores implica lesionar sus sentimientos, afecciones y tranquilidad anímica, constituyendo un daño que surge in re ipsa y cuya existencia debe presumirse.

Para la vocal preopinante, Dra. Zampini, *“el eje de la controversia se centra precisamente en la calificación que cabe otorgar a la información que, en relación al cumplimiento de las obligaciones crediticias del actor, el Banco de la Provincia de Buenos Aires reconoce haber remitido al B.C.R.A., puesto que el accionante alega que mensualmente se efectuaba el descuento en sus haberes destinado a la cancelación del crédito, configurando un obrar antijurídico de la entidad financiera su inclusión en el registro de deudores.*
La accionada afirma que la misma fue exacta implicando ello que su parte carece de responsabilidad, postura defensiva que tuvo una favorable recepción en la sentencia recurrida.”

Para la magistrada, *“(d)el análisis de la prueba producida surge que la operatoria consistía en la autorización (mandato) que el accionante confería a la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación para descontar de la pensión otorgada el importe de la cuota adeudada"* y luego efectuar la transferencia de este importe al Banco de la Provincia de Buenos Aires.

La camarista destaca que *"(c)on el resultado de tal operatoria se han registrado atrasos en los pagos efectuados al Banco de la Provincia de Buenos Aires..., y éste informó la situación del deudor de conformidad con las Circulares "A" 2729, 2930, 3241 y ccdtes. del B.C.R.A...."*

En otras palabras, la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación transfería con atraso las cuotas del crédito al Banco de la Provincia de Buenos Aires y por eso el actor/deudor, quedaba en mora. El Banco de la Provincia de Buenos Aires informaba esta situación a los registros de la base de datos del Banco Central de la República Argentina y el actor quedaba informado como moroso sin tener conocimiento de la situación ni poder hacer nada para remediarlo.

Por eso, considera la Dra. Zampini que *"...la institución bancaria debió informar al usuario del servicio financiero que se presentaron circunstancias que tornaron*

operativa la opción prevista en la cláusula adicional del mutuo suscripto por las partes: "...en hipotético supuesto que, por cualquier causa, los mismos no pudieran efectivizarse, a abonarlos en efectivo, en tiempo oportuno y en el domicilio del Banco:...., sin necesidad de interpelación alguna". (la cursiva es nuestra)

Expresa la jueza que *"(d)ebemos tener en cuenta que hay una desigualdad jurídica, dada la posición dominante del sistema bancario, y una desigualdad en conocimiento por parte de los usuarios del sistema, de ahí nace con claridad el deber de informar de raigambre constitucional.*
Con el correr del tiempo se ha generado en torno a los bancos un plexo de actividades complejas, muchas veces sofisticadas y de riesgos cruzados. Ello sitúa el rol de la entidad bancaria demandada en una función especializada que se despliega profesionalmente como garante de las actividades económicas que se realizan por su intermedio, en cuyo cumplimiento debe extremar los cuidados requeridos por los intereses que le han sido confiados...." (la cursiva es nuestra)

En el caso concreto, *"el control del ingreso efectivo del importe de la cuota en el banco se encontraba fuera de las posibilidades del actor.*
En efecto, del contrato de mutuo suscripto por el accionante no emana obligación alguna en cabeza de éste respecto a controlar el efectivo ingreso de la cuota a su destinatario final, es decir al banco demandado, limitándose la opción de abonar las cuotas mediante el descuento de haberes o pagar las mismas en el domicilio de la entidad bancaria...
Por lo tanto, cualquier deficiencia en el funcionamiento de estas estructuras no puede causarle un perjuicio al usuario del servicio -vgr. pasando a encontrarse en un registro de deudores de carácter público-, pues éste sólo se limita a cumplir su compromiso a través del sistema de retención de sus haberes. Todo lo expuesto se traduce en la obligación del banco de mantener incólumes sus derechos, actuando de buena fe y brindando siempre una adecuada información (art. 3, 4 y 37 de la LDC)." (la cursiva es nuestra)

Aprovechamos para volver a la noción de "buena fe" que mencionamos ut supra: *Principio general aplicable al ejercicio de los derechos, consistente en ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y*

lugar. Y agregamos que las circunstancias "personales" de la entidad bancaria, dada su profesionalidad, exigen una mayor diligencia, a tenor de lo prescripto en el art. 1725 CCC[95].

Por lo anterior, añade la preopinante, *"le asiste razón a la parte actora, **al haber infringido la demandada el deber de seguridad, incumpliendo con los deberes de buena fe que prima en materia contractual, cooperación y diligencias debidas según la naturaleza de la obligación contratada** (arts. 4, 37 y ccdtes. LDC, 1071 del Código Civil). En definitiva, encontrándose acreditada la antijuridicidad de tal conducta – violación al deber de seguridad-, teniendo en consideración la profesionalidad del banquero, entendiendo que la injustificada inclusión en un registro de deudores es según el curso normal y ordinario de las cosas idónea como fuente generadora de daños y siendo que como se expondrá al ingresar en el tratamiento de los rubros indemnizatorios existen daños resarcibles causados por la conducta de la demandada, corresponde hacer lugar a la demanda planteada por el Sr. Carlos Eduardo Mármol contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires con los alcances que se darán al ingresar en la consideración del resarcimiento de daños invocados…"* (la cursiva es nuestra)

III.10.6. Mandato preventivo

Además del resarcimiento por los daños producidos; y en lo que nos interesa a los fines de este trabajo, *"…haciendo aplicación de lo dispuesto por los arts. 1710/1712 del Codigo Civil y Comercial de la Nación, y más específicamente de su art. 1713", la Dra. Zampini, considera propicio incluir "…**un "mandato preventivo" dirigido al Banco de la Provincia de Buenos Aires, asumiendo el rol que me corresponde como magistrada en torno a procurar evitar daños,** también llamada "función preventiva de daños"....*

En el caso particular que aquí nos toca resolver advierto una circunstancia que no puedo pasar por alto: el cliente que pidió el préstamo al Banco es una persona que

[95] "ARTICULO 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.
Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes." Este texto fusiona los artículos 902 y 909 del Código Civil derogado.

recibe una pensión en su condición de ex-combatiente de Malvinas y no surgiendo de autos que el Sr. Mármol se dedique a alguna actividad empresarial o remunerativa, me permite inferir que la pensión es su principal fuente de ingresos.
Ello, en mi opinión, expone al cliente a cierto estado de vulnerabilidad, más aún cuando su participación en la contratación no es mucho más que la de un espectador que suscribe aquellos documentos o formularios que le ponen ante sí como condición para contar con el dinero que requirió en préstamo. O, peor aún, debe operar "electrónicamente" para realizar algunas gestiones propias de la contratación*...(e)n mi experiencia, a partir de la oferta masiva por medios televisivos o radiales, los contratos como el que aquí nos convoca, resultan, para personas de bajos recursos, un medio de acceso rápido al crédito para la adquisición de bienes o servicios, por lo que* ***es en estos supuestos en los que las entidades bancarias deben extremar los cuidados que, por su profesionalidad, están claramente a su alcance, de modo que no puedan reeditarse situaciones como la que tuvo que atravesar el Sr. Mármol."*** (la cursiva es nuestra)

Siendo compartido este criterio, "*....Como mandato "preventivo", se hace saber al Banco de la Provincia de Buenos Aires que, aún cuando en el texto de los contratos de préstamo (específicamente aquellos en los que la modalidad de percepción de la cuota sea retención directa de los haberes jubilatorios o pensiones) se encuentre inserta una cláusula que disponga, ante la imposibilidad de percibir la cuota del préstamo, la asunción del depósito o pago inmediato por el mutuario, no se lo considere en situación de "mora" (lo que implicaría, de modo inmediato, la comunicación al BCRA), hasta tanto se lo notifique fehacientemente de la imposibilidad de efectuar la retención en los sucesivos "barridos" que se hayan intentado, y por consiguiente, que deberá proceder a abonar por ventanilla (arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y ccdtes. del nuevo Código Civil y Comercial)…"*

Como puede observarse, la medida no tiene finalidad de proteger exclusivamente al actor, sino que sus efectos son erga omnes, pues se extienden a todos aquellos contratos de préstamo que suscriba la demandada, en los que la modalidad de percepción de la cuota sea retención directa de los haberes jubilatorios o pensiones y

que se encuentre inserta una cláusula que disponga, ante la imposibilidad de percibir la cuota del préstamo, la asunción del depósito o pago inmediato por el mutuario[96].

III.10.7. Los "prestamos responsables" y el sobreendeudamiento[97]

El fallo que comentamos representa una situación común en la vida actual. En una economía de crédito como la presente, el endeudamiento de los consumidores es algo cotidiano y normal[98]. Sin financiación y/o diferimiento de pago se hace difícil o directamente imposible la adquisición de múltiples bienes y servicios.

El sistema de comercialización de bienes y servicios induce al endeudamiento y esto en ocasiones desemboca en el sobreendeudamiento[99] de deudores de buena fe.

Nos encontramos así con casos donde se evidencia la tensión entre un proveedor/acreedor de buena fe[100] que pretende cobrar su crédito y cuyo patrimonio merece protección y un consumidor/deudor de buena fe[101] sobreendeudado cuyo patrimonio también merece protección.

---

[96] Como acotación, hubiera sido deseable un mayor tratamiento de este efecto erga omnes en los considerandos de la sentencia. Entendemos que el caso califica sin problemas como de incidencia colectiva en virtud de existir intereses individuales homogéneos y que el Tribunal puede, de oficio, efectuar tal calificación, sin afectación del principio de congruencia, porque no son las partes sino el juez quien decide el derecho aplicable.

[97] Rossi Jorge Oscar trata algunos aspectos de este tema en "El sobreendeudamiento del consumidor y la protección de su derecho de propiedad", publicado en Microjuris.com el 22 de diciembre de 2017. Cita: MJ-DOC-12338-AR | MJD12338

[98] Definimos al endeudamiento del consumidor como una situación en la que el consumidor tiene una o varias deudas con uno o varios proveedores, en su carácter de sujeto pasivo de obligaciones generadas en relaciones de consumo. El estado de endeudamiento, a priori, no implica perjuicio ni vulneración de derechos para el sujeto deudor.

[99] En nuestra tesis (págs. 98 y 99), nos ocupamos de lo que denominamos "Inducción sistémica al sobreendeudamiento": Se la postula como una característica del actual sistema de comercialización y producción de bienes y servicios. En otras palabras, el propio sistema de comercialización y producción de bienes y servicios induce al sobreendeudamiento. No nos referimos a que los empresarios determinen unilateralmente, con su publicidad y técnicas de venta, los gustos y necesidades de los consumidores. Estrictamente, en este caso, ningún sujeto en particular es el causante o "inductor" al sobreendeudamiento de ningún consumidor en particular, sino que es el comportamiento de todos los sujetos integrantes del sistema, o mejor dicho, el producto de dicho comportamiento, el que induce al sobreendeudamiento de los consumidores.

[100] Entendemos que, en una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar la buena o mala fe del proveedor - acreedor hay que tener en cuenta que este es un profesional, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un especialista en la materia.

[101] Dado el desequilibrio estructural propio de la relación de consumo, consideramos que, en una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar su buena o mala fe, hay que tener en cuenta que este es un profano, es decir, que no es un experto, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard

Coincidimos con Orlando[102] quien, indagando en el contenido del derecho de propiedad, expresa que "el artículo 17 de la Constitución incorpora una protección sustantiva y diferenciada de ciertos bienes materiales e inmateriales; y *la diferencia se encuentra en nuestros compromisos constitucionales con la autonomía del individuo.* …el derecho de todo individuo a proyectar y materializar su plan de vida conlleva como consecuencia normativa, la máxima protección constitucional de ciertos bienes que resultan esenciales para ello. Y resulta relativamente claro el puente entre la posibilidad del desarrollo personal y la capacidad de controlar individualmente ciertos bienes primarios que sean necesarios para ello; dado que sin ello parece imposible tanto la elección como la materialización de los planes de vida."

Los bienes que conforman el contenido mínimo de la propiedad son los que merecen, "la máxima protección constitucional", en palabras de Orlando[103].

III.10.8. La protección constitucional del derecho de propiedad del consumidor/ deudor

Aplicando los conceptos anteriormente esbozados, podríamos establecer que en aquella relación de consumo donde encontramos un proveedor/acreedor y un consumidor/deudor, el derecho de propiedad del proveedor / acreedor merece una "protección común", mientras que el derecho de propiedad del consumidor / deudor amerita una "protección agravada".

---

de un no especialista en la materia. De esto se sigue que la negligencia o imprudencia del consumidor – deudor no sean relevantes a la hora de configurar su mala fe, exigiéndose el dolo, entendido como una intención de incumplir, tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

[102] Orlando, Federico, "Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución Nacional", en La Constitución en 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria / GARGARELLA, Roberto, coordinador ; PIQUÉ, María Luisa , ORLANDO, Federico, colaboradores, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

[103] Orlando, en la obra citada, agrega que "...el hecho de que la relación entre un bien y un sujeto se encuentre protegida en los términos constitucionales –quiero decir, agravados- no sólo se define por el carácter objetivo de "esencial" de dicho bien, sino por la relación que éste tiene con el plan de vida del individuo y con la noción de "vida decente". Es posible que, en ciertos casos, un ahorro bancario cumpla con el carácter de esencial para una "vida decente" y la materialización de un plan de vida, siendo pasible la aplicación del escrutinio agravado; y es posible que en otros no lo haga, donde se aplicará el test de razonabilidad tradicional del análisis judicial."

Denominamos “protección común”[104] a *aquella que cede frente a necesidades de bien común, utilidad pública, protección de débiles jurídicos,* etc. Por ejemplo, en el caso Ercolano[105], la Corte entendió que el derecho de propiedad del locador, debía ceder ante la "crisis de la habitación", de la cual "ha sobrevenido el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atenuación normal resultante de la competencia."

En cambio, denominamos “protección agravada” a aquella referida a bienes que conforman el contenido mínimo de la propiedad.

La diferencia en el nivel de protección entre el derecho de propiedad del proveedor acreedor y el derecho de propiedad del consumidor deudor *se justifica por la mayor previsibilidad que da la profesionalidad del primero*, lo que permite una mejor asunción de riesgos. La profesionalidad del proveedor acreedor justifica imponer una mayor asunción de riesgos (arg. conf. art. 2 LDC y 1725 CCC).

Por otra parte, los tratados con jerarquía constitucional imponen el deber de dispensar una protección más intensa del contenido mínimo de la propiedad[106], es decir, de aquellos bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno. Dicho de otra manera, las personas tienen el derecho constitucional de conservar los bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno y, agregamos, *pueden hacer valer ese derecho aun cuando hayan actuado irreflexivamente, si la otra parte estimuló o se aprovechó de ello.*

---

[104] Es una protección que, básicamente, está dirigida a evitar conductas arbitrarias de parte del Estado o de otros particulares.

[105] "Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación", CSJN, 28/04/22.

[106] A simple título ejemplificativo:

* Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;..."

* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948: "Artículo XXIII. – Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar."

* Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 11: ""1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho,..."

III. 10.9. Sobreendeudamiento de consumidor y lesión a la dignidad personal

Volvamos a la definición de "estado de sobreendeudamiento" postulada ut supra:

"Estado de sobreendeudamiento es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad."

En similar sentido lo define el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor[107] en su art. 81:

"ARTÍCULO 81. Sobreendeudamiento del consumidor. El sobreendeudamiento del consumidor es la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales.

El destinatario de la protección particular prevista en la presente ley es el consumidor persona humana."

Entendemos que ese "menoscabo del contenido mínimo de la propiedad" o compromiso al "acceso y el goce de bienes esenciales", característico del estado[108] de sobreendeudamiento constituye una afectación a la dignidad del consumidor.

El derecho personalísimo o fundamental a la dignidad aparece en el art. 42 de la Constitución Nacional, como "derecho a trato digno" y en varias normas convencionales de jerarquía constitucional, (Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y

[107] El tema del sobreendeudamiento se regula en el Capítulo 10 ("Crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento. Obligaciones cambiarias conexas") del Título II, denominado "PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR".

[108] "Situación" es el termino que utiliza el Anteproyecto.

Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y Declaración Universal de los Derechos Humanos).

El CCC se refiere, sin definirla, a la "dignidad personal" y su posible menoscabo, en el art. 52.

En su faz económica, la dignidad está estrechamente ligada al concepto de "contenido mínimo de la propiedad". Como expresaba Orlando[109], "…el derecho de todo individuo a proyectar y materializar su plan de vida conlleva como consecuencia normativa, la máxima protección constitucional de ciertos bienes que resultan esenciales para ello."

Dicho de otra manera, la dignidad personal implica el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida.

Por lo anterior, se postula que cuando la persona se ve privada del mínimo de bienes necesarios para llevar a cabo ese plan de vida (delineado en las normas convencionales de jerarquía constitucional), existe lesión al derecho personalísimo o fundamental a la dignidad.

En este sentido, el estado de sobreendeudamiento no tiene carácter cuantitativo, sino cualitativo.

Nos explicamos.

Hay cuestiones que se resuelven por medio de un resultado numérico (vgr el monto de una indemnización monetaria). En ese sentido, la valoración de la cuantía del daño implica un resultado numérico.

En cambio, determinar la existencia de daño resarcible no lo requiere. Los requisitos del deber de resarcir (antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y existencia de daño) no son numéricos.

[109] ORLANDO, Federico, "Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución Nacional", en La Constitución en 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria / GARGARELLA, Roberto, coordinador ; PIQUÉ, María Luisa , ORLANDO, Federico, colaboradores, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

Lo mismo ocurre con el estado de sobreendeudamiento, dado que no hay un "número" que fije la calidad de vida. Por ejemplo, los porcentajes que el deudor destina al pago de sus deudas, con relación a sus ingresos, *son meramente indicativos de un posible sobreendeudamiento*.

III.10.10. El principio de préstamo responsable y la prevención del sobreendeudamiento

Otro aspecto del deber de prevención lo constituye el deber de asesoramiento en cabeza del proveedor, cuyo contenido es más amplio que el deber de información. Esto se relaciona con el concepto de "préstamo responsable". Con esa denominación se alude al conjunto de medidas a cargo del proveedor (futuro acreedor) tendientes a:

1) No inducir al consumidor a endeudamiento innecesario

2) No inducir al consumidor al sobreendeudamiento

3) Analizar la situación financiera y patrimonial del consumidor en forma previa al otorgamiento del crédito

4) Denegar el crédito si, dada esta situación financiera y patrimonial el otorgamiento hace previsible endeudamiento innecesario o sobreendeudamiento

El incumplimiento de este deber de asesoramiento implica incumplimiento del deber de buena fe. Dicho de otra manera, el proveedor/ acreedor que concedió un préstamo sin cumplir con este deber de asesoramiento es un acreedor de mala fe y dicha mala fe puede acarrearle, como sanción, la imposibilidad de reclamar judicialmente el cobro del crédito o el tener que soportar una quita en los intereses y/o el capital del mismo, según los casos.

El Proyecto[110] lo trata en estos términos:

[110] En los Fundamentos del Anteproyecto puede leerse que "(e)l principio de préstamo responsable, expresamente receptado, sigue los lineamientos de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del

ARTÍCULO 79. Principio de préstamo responsable. Los proveedores de crédito, en cualquiera de las modalidades de otorgamiento, deberán ajustar su actividad al *principio de préstamo responsable.*

En cumplimiento del citado principio, deberán observar, entre otros, los siguientes deberes:

1. Indagar acerca de las *necesidades concretas del consumidor y sobre su capacidad de reembolso*;

2. *Asesorar y aconsejar* adecuadamente la toma del empréstito o la financiación, conforme las opciones disponibles;

3. Advertir sobre los alcances del compromiso patrimonial derivado de la operatoria, en consideración de los recursos existentes para afrontarlos;

4. *Evaluar los antecedentes crediticios y la solvencia patrimonial del consumidor a partir de otras fuentes disponibles*, evitando decisiones que resulten de aplicar métodos exclusivamente automatizados;

5. Informar el resultado de la evaluación al interesado, con indicación de la fuente consultada;

6. *Decidir fundadamente el otorgamiento o la denegatoria* del crédito y comunicarlo de modo fehaciente al consumidor;

7. *Adoptar cualquier medida que contribuya a la prevención del sobreendeudamiento o, en su caso, abstenerse de desplegar cualquier práctica que estimule el endeudamiento excesivo del consumidor.*

Los riesgos y costes derivados de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio mencionado en el presente artículo, serán soportados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito. (la cursiva nos pertenece)

Más allá de la propuesta volcada en el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor[111], pensamos que el "principio de préstamo responsable" encuentra sustento normativo en nuestro Derecho Positivo.

Consejo del 23 de abril de 2008 y los Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo del 25 de octubre de 2007, del 28 de abril de 2010, del 29 de abril de 2014..."

[111] Acotamos que, tal como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto, en el mismo se siguen las "Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, , revisión aprobada en la 81ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, del 22 de diciembre de 2015", las que disponen que "66…Los Estados Miembros deben, según proceda, establecer o fomentar:...f) La actuación responsable de los proveedores de servicios financieros y sus agentes autorizados, en particular en lo que respecta a la

En el caso de los profesionales (vgr. entidades financieras), entendemos que la interpretación que surge de los arts. 2, 10, 1710 y 1725 del CCC[112], impone los deberes de asesoramiento, de análisis de factibilidad de otorgamiento crediticio y de denegatoria de crédito en caso de que el mismo resulte negativo. Por tanto, un préstamo concedido con omisión de estos deberes incumple el deber de prevención, el "principio de préstamo responsable" y convierte al acreedor en acreedor de mala fe.

Además del remedio preventivo, y sin ignorar las dificultades interpretativas que presenta su texto, una herramienta interesante para revertir el endeudamiento irreflexivo y/o el estado de sobreendeudamiento del consumidor de buena fe, producido por las conductas del proveedor de mala fe, es el instituto de la lesión, en especial, en la redacción que adoptó el CCC en su art. 332[113], por el cual puede solicitarse no solo la nulidad sino el reajuste equitativo del contrato.

El siguiente caso, sirve de ejemplo:

III. 10.11. Sanción a un banco por aprovechamiento de la necesidad de una persona vulnerable (supuesto de inducción específica al sobreendeudamiento)

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó una sentencia contra Banco Piano, en la que declaró la nulidad de las tasas aplicadas a tres mutuos otorgados a una jubilada y reconoció a la actora el derecho a cobrar $50.000 en concepto de indemnización por daño moral y $100.000 por daño punitivo.

---

concesión responsable de préstamos y la venta de productos que se ajusten a las necesidades y los medios del consumidor;..."
La aplicación de las Directrices no es obligatoria, sino que solo es "recomendada" a los Estados Miembros.

[112] Al caso específico de las entidades financieras y demás personas y entidades públicas y privadas incluidas por normativa del BCRA (ver. art. 1378 CCC), le son aplicables, además, los deberes que surgen de los arts. 1387 y 1389 CCC, entre otros.

[113] "ARTICULO 332.- Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.
Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.
Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.
El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.
Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción."

El Tribunal destacó que “pese al mínimo ingreso que en concepto de pensión recibía” la actora, el banco le otorgó un primer crédito y luego otros dos más, “a efectos de que ella pudiera superar las dificultades en las que había quedado colocada a raíz del primero de esos préstamos” y que, “a diferencia de lo que sucede entre particulares, las entidades financieras se encuentran obligadas a investigar la capacidad de repago de sus clientes, como modo de tutelar su propia de cartera de créditos que es el activo principal que tienen.”

Así lo resolvió la Sala C, el 27 de mayo de 2019, en los autos **“Fello, Elena Yolanda c/ Banco Piano S.A. s/ Sumarísimo”.**

La sentencia apelada hizo parcialmente lugar a la demanda entablada por la actora contra Banco Piano S.A., condenando a este último a pagar las sumas allí especificadas.

Para así decidir, el sentenciante tuvo por cierto que el demandado había cobrado a la nombrada cuotas que tenían importes sustancialmente superiores si se las comparaba con las que le hubiera debido cobrar el Banco de la Nacion Argentina y que tales cuotas superaban holgadamente el 30% del haber jubilatorio que percibía la actora

Sostuvo que los parámetros aplicados por el banco debían considerarse abusivos en los términos del Decreto 246/11, que había modificado el art. 14 inc.b) de la Ley 24.241 a fin de proteger a un sector vulnerable de la sociedad como lo era el conformado por los jubilados y pensionados, fijando topes a las tasas de los créditos personales que se otorgaran a éstos.

Tuvo por cierto que asistía razón al demandado en cuanto a que los débitos no se habían hecho mediante ese sistema de código de descuento sino mediante cuotas debitadas directamente en la caja de ahorro de la actora.

No obstante, **juzgó aplicable el art. 954 del Código Civil derogado**, admitiendo desde esa óptica que las tasas aplicadas habían sido desproporcionadas, que la actora era jubilada con pensión mínima y que en esa cuenta sólo se registraban las

sumas que le pagaba ANSES siendo el costo financiero total de los tres prestamos superior al 79%.

Declaró, en consecuencia, la nulidad de las tasas aplicadas en tanto excedieran el porcentaje que indicó, reconoció a la actora derecho a cobrar $50.000 en concepto de indemnización por daño moral e impuso al banco daño punitivo, que fijó en el importe de $100.000.

La sentencia fue apelada por el Banco Piano, quien sostiene que los préstamos de la actora fueron préstamos personales otorgados en forma directa, sin intervención de ninguna entidad, por lo que no regía a su respecto el Decreto 246/11, que había sido invocado por la demandante para fundar su acción.

Afirma que, a pesar de que el juez otorgó razón a su parte en este aspecto, hizo uso del principio iura novit curia para arribar a una conclusión equivocada desde el punto de vista lógico.

Manifiesta que, al así proceder, el magistrado violó el principio de congruencia cuya base se encuentra en el Art. 18 de la Constitución Nacional.

Se agravia, asimismo, de que el sentenciante haya considerado configurados en el caso los presupuestos que se encontraban previstos en el art.954 del Código Civil.

De esta perspectiva, estima que las tasas aplicadas por su parte a los créditos que había concedido a la actora no pueden considerarse excesivas puesto que, para esto, no es viable compararlas con las que cobra el Banco Nación, que es un banco público.

Critica también que el juez **haya considerado que los jubilados debieran considerarse personas vulnerables** e indica que su parte no ajusta las tasas de interés que aplica en función de las del Banco Nación, sino que se trata de **réditos libremente pactados**. Afirma, además, que la actora no solicitó la nulidad de las tasas, sino la de los créditos otorgados, planteo que dedujo a pesar de que los contratos respectivos ya se encontraban íntegramente cumplidos.

De esto deduce que no correspondía que, tomando participación activa y parcial en el pleito, el juez decidiera declarar la nulidad de las tasas de esos contratos ya cumplidos, toda vez que ese proceder importó un exceso de aquello que había sido solicitado por la parte.

En subsidio, se agravia de la indemnización reconocida a la actora por daño moral por considerar que tal daño no ha sido probado y que **no son indemnizables las meras incomodidades propias de la vida en sociedad**.

También subsidiariamente requiere que el monto indemnizatorio sea reducido sustancialmente y que sea dejado sin efecto el daño punitivo que le fue impuesto.

En la Alzada, la vocal preopinante fue la Dra Villanueva quien, respecto de la aplicación al caso del art. 954 del Código derogado (referido al vicio de lesión), consideró que *"si bien es verdad que la actora no invocó expresamente esa norma,* ***sí dejó planteados todos los presupuestos determinantes de su aplicación****."* (la negrita es nuestra)

Así, *"del desarrollo argumental expuesto en la demanda surge que* ***la nombrada invocó ser una persona discapacitada, de 76 años de edad, en situación de vulnerabilidad extrema por carecer de amparo previsional, sin bienes, ni ingresos o recursos que le permitieran una digna subsistencia.***

Afirmó que sobrevivía angustiadamente con una pensión no contributiva que le había sido otorgada por el Ministerio de Seguridad Social y que, al mes de abril de 2014, esa pension ascendía a la suma de $1.872." (la negrita es nuestra)

Además, expresó que *"tal pensión le era depositada en una cuenta que tenía abierta en el banco demandado y que, ante sus dificultades para sobrevivir, hubo una persona muy cordial del banco le había ofrecido un crédito personal que le resultaba muy simple de sacar."* (la negrita es nuestra)

"Ese crédito ***tenía un costo financiero total del 79,8%*** *y que, ante la dificultad que experimentó para cancelarlo,* ***tuvo que sacar un nuevo crédito en el mismo banco***

y que, al reiterarse la situación, volvió a encontrarse obligada a obtener un tercer crédito *en esa misma entidad cuyo CFT superó el 80%."* (la negrita es nuestra)

En definitiva, imputó al banco *"**haberse abusado de su necesidad** y haberle cobrado tasas que, dados sus ingresos, le eran imposibles de pagar."* (la negrita es nuestra)

Por lo anterior, la vocal concluye que *"**la demandante dejó planteada la plataforma fáctica que se hallaba prevista en la citada norma del código derogado,**por lo que no es cierto que el sentenciante haya violado el principio de congruencia o el derecho del banco a defenderse en juicio."* (la negrita es nuestra)

Por otra parte, para la camarista, *"lo dispuesto en el Decreto 246/11 sólo es un índice más que me permite compartir la solución otorgada a esta causa.*

*Esto es así por cuanto, como el propio demandado lo reconoce, **quienes se encuentran en la situación de la actora tienen concebido un régimen normativo de créditos más blandos** a fin de tornar posible el cumplimiento por ellos de los créditos en cuestión."* (la negrita es nuestra)

En esa línea, el banco, *"como es obvio, **conocía la aludida reglamentación de estos créditos**, por lo que, el solo hecho de que los que él le otorgó no se encontraran dentro del aludido régimen, **no lo relevaba de efectuar una evaluación que, ajustada a la situación de la actora, le permitiera advertir la difícil situación en la que ésta habría de encontrarse a la hora de cancelarlos**."*

"Esto es así, con mayor razón, cuando, pese al mínimo ingreso que en concepto de pensión recibía la Sra. Fello, la entidad le otorgó dos sucesivos créditos más a efectos de que ella pudiera superar las dificultades en las que había quedado colocada a raíz del primero de esos préstamos."

La vocal destaca también que, *"a diferencia de lo que sucede entre particulares, **las entidades financieras se encuentran obligadas a investigar la capacidad de repago de sus clientes**, como modo de tutelar su propia de cartera de créditos que es el activo principal que tienen."* (la negrita es nuestra)

En cuanto a la alegación vinculada con que el juez no podía declarar la nulidad parcial, *'lo cierto es que la cuestión que ahora me ocupa se encuentra expresamente regulada en el art. 1122 inc. c) del CCyC que habilita al juez a declarar esa nulidad parcial y a integrar simultáneamente el contrato, si así fuera necesario para no comprometer su finalidad."* (la negrita es nuestra)

Por otro lado, *"la sola descripción del* ***estado de necesidad de la actora y su situación de vulnerabilidad*** *relevan de la necesidad de argumentar más para tener por cierto que corresponde reconocerle la indemnización por daño moral que le otorgó el a quo."* (la negrita es nuestra)

En lo referente a la aplicación de la multa civil o daño punitivo, la magistrada señaló que *"****la conducta de la entidad bancaria demandada que ha sido comprobada en autos, presenta los caracteres que tornan procedente la multa en cuestión.***

Esa conducta ***no puede ser convalidada****, máxime a la luz de la función que cumple el llamado daño punitivo, en cuanto* ***sirve para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario*** *y el largo, tedioso y riesgoso camino que éste habrá de verse obligado a seguir para finalmente, tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho."* (la negrita es nuestra)

Siendo compartido este criterio, se resolvió rechazar el recurso analizado y confirmar íntegramente la sentencia apelada, con costas al demandado.

III. 11. El derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor

III. 11. 1.Introducción

De aquellos consagrados en el art 42 de la Constitución Nacional, el derecho a la protección de los intereses económicos es, probablemente, uno de los más

“desatendidos” por la doctrina y jurisprudencia, si lo comparamos con otros de los incluidos en el mismo artículo, como el derecho a la información, a la salud, al trato digno o a la seguridad.

Evidentemente, la expresión "intereses económicos" no se destaca por su claridad. Los debates que tuvieron lugar en la Convención Constituyente en torno al art. 42 no nos ayudan.

En efecto, la convencional Servini García, miembro informante del bloque justicialista, expresa: *"¿en qué consiste la protección de los intereses económicos de los consumidores? Sintéticamente expuesto, se puede decir que se trata del derecho que tiene el adquirente de bienes y servicios a contratar en condiciones equitativas. Eso es lo que persigue la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores."* [114]

A continuación, agrega que *“(e)llo implica que el consumidor tiene que estar protegido en la fase de promoción de ventas de operaciones mercantiles, para evitar ser engañado. Debe estar protegido en el momento de perfeccionamiento del contrato, para evitar ser indebidamente presionado, es decir, para asegurar que se mantenga la libertad de contratar o de no hacerlo.*

En el momento del perfeccionamiento también tiene derecho a conocer exactamente los términos del contrato que suscribe y a recibir una documentación que justifique ese contrato.

En cuanto al contenido del contrato, tiene derecho a que no se incluyan cláusulas abusivas dentro de él, mientras que en lo atinente a su ejecución, tiene derecho a una

garantía, a un servicio adecuado de posventa y, por supuesto, a exigir las responsabilidades oportunas.

El objetivo de la protección económica establece, en síntesis, que los consumidores obtengan un óptimo beneficio de los recursos económicos. Un aspecto

[114] Debate del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos en mayoría y minoría originados en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías. (Orden del Día nº 11, pág. 4216) Recuperado el 28/01/20 de http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art.%2042

muy importante para lograr dicho objetivo es asegurar que los consumidores tengan una información adecuada, es decir, suficiente, veraz y oportuna para poder optar en el mercado."[115]

Por su parte, el convencional Irigoyen, miembro informante del dictamen de mayoría, se limita a señalar lo siguiente:

"Otro tema que consideramos de categorización sustancial se refiere a la protección de los intereses económicos de los consumidores. En este sentido, consideramos que es fundamental garantizar constitucionalmente la calidad y eficiencia de los bienes y de los servicios. Para esto debemos contar con una justicia contractual por la cual los consumidores no sean sorprendidos por los abusos de los contratos que contienen lo que popularmente se denomina "letra chica" y además brindarles la posibilidad de una auténtica reparación de los daños." [116]

A su turno, en una inserción solicitada por la convencional Lipszyc, leemos acerca del *"…derecho a la protección de los intereses económicos, de contenido patrimonial, ligado a la pretensión de calidad de los productos y servicios, a la vigencia de una verdadera justicia contractual, y de un sistema de compensación efectiva en materia de reparación de daños."*[117]

Si este fuera el contenido del derecho en análisis, concluiríamos en que estamos ante una mención redundante, frente a los derechos a la información y al trato equitativo y la manda de legislar procedimientos eficaces para resolver conflictos de consumo, todo lo cual figura en el mentado art. 42.

Pensar que el único interés económico del consumidor consiste en "consumir sin que lo engañen" es mantener y profundizar ese rol pasivo y vulnerable que lo caracteriza, dentro de un sistema de comercialización de bienes y servicios masificados. Es también pensar el fenómeno del consumo como un fin, en lugar de como un medio.

---

[115] Ídem págs. 4216/4217
[116] Ibídem pág. 4174
[117] Ibídem págs. 4419 /4420.

III. 11. 2. El derecho a no consumir

Postulamos que, así como se habla de un derecho a acceder al consumo, parece necesario resaltar que su contracara, el *derecho a no consumir*, es igualmente importante y merece idéntica protección.

Como primera aproximación, el derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor tiene que ver con la conservación y aumento de su patrimonio[118].

Por supuesto, esto no implica que el consumidor no pueda contraer deudas y/o no pueda ser ejecutado en caso de incumplimiento de sus obligaciones[119], sino que de lo que se trata, es de consagrar el deber del Estado y de los proveedores de adoptar conductas que prevengan un menoscabo del patrimonio del consumidor, sea asesorándolo previamente a contraer obligaciones, sea absteniéndose de inducirlo a endeudarse sin un adecuado análisis de su posible capacidad de pago, sea consagrando reglas que le permitan al consumidor optar por la solución menos gravosa para cancelar su deuda.

Así, este derecho a no consumir, presenta varias facetas:

1) Derecho a preservar la integridad patrimonial
2) Derecho a no ser inducido al consumo, al endeudamiento ni al sobreendeudamiento.
3) Derecho al ahorro

III. 11. 3. Derecho a preservar la integridad patrimonial

Anteriormente[120] establecimos que en aquella relación de consumo donde encontramos un proveedor/acreedor y un consumidor/deudor, el derecho de propiedad

---

[118] Tambussi lo denomina "especie del derecho protectorio que defiende la integridad patrimonial" (Ver, TAMBUSSI, Carlos Eduardo, “Los derechos del consumidor como derechos humanos”, capitulo VII, pagina VII-13, de la obra *Derechos Humanos*, 6a ed., Buenos Aires, Fund. de Derecho Administrativo, 2007. Disponible en Internet: http://www.gordillo.com/DH6/dh.pdf. Consultado: 25/08/16)
[119] Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Javier Hernán. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, segunda edición actualizada, 2009, p. 147.
[120] Punto III.10.8

del proveedor / acreedor merece una “protección común”, mientras que el derecho de propiedad del consumidor / deudor amerita una “protección agravada”.

Denominamos “protección común”[121] a *aquella que cede frente a necesidades de bien común, utilidad pública, protección de débiles jurídicos,* etc.

En cambio, denominamos “protección agravada” a aquella referida a bienes que conforman el contenido mínimo de la propiedad.

La diferencia en el nivel de protección entre el derecho de propiedad del proveedor acreedor y el derecho de propiedad del consumidor deudor *se justifica por la mayor previsibilidad que da la profesionalidad del primero,* lo que permite una mejor asunción de riesgos. La profesionalidad del proveedor acreedor justifica imponer una mayor asunción de riesgos (arg. conf. art. 2 LDC y 1725 CCC).

Destacamos que los tratados con jerarquía constitucional imponen el deber de dispensar una protección más intensa del contenido mínimo de la propiedad.

III. 11. 4. Derecho al ahorro

Este deber de dispensar una protección más intensa del contenido mínimo de la propiedad significa que las personas tienen el derecho constitucional de conservar los bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno y, agregamos, *pueden hacer valer ese derecho aun cuando hayan actuado irreflexivamente, si la otra parte estimuló o se aprovechó de ello.*

Este derecho constitucional a mantener e incrementar el patrimonio puede ser concebido como un derecho al ahorro. El derecho de ahorrar es un aspecto del derecho de propiedad, porque implica no descapitalizarse, no perder capital (patrimonio) y, además, incrementarlo. Ahorrar, en primer lugar, es conservar patrimonio.

[121] Es una protección que, básicamente, está dirigida a evitar conductas arbitrarias de parte del Estado o de otros particulares.

El derecho (constitucional) al ahorro[122], entendido como un *derecho a mantener y acrecentar el contenido mínimo de la propiedad es otro mecanismo de protección patrimonial*, como lo es el régimen de protección de la vivienda (art. 14 bis CN y 244 y sgtes CCC) o la inembargabilidad y/o inejecutabilidad de ciertos bienes (arts. 539 y 744 CCC, art. 108 ley 24.522).

Este derecho al ahorro no consiste en un mero permiso o no prohibición de conservar cierta parte del patrimonio, sino que el Estado está obligado a adoptar medidas para que las personas puedan conservar el contenido mínimo de la propiedad, a fin de posibilitar que la persona tenga "un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados" y, además, el deber estatal de asegurar un continuo aumento del contenido mínimo de la propiedad, para posibilitar "una mejora continua de las condiciones de existencia".

El derecho a ahorrar, entendido como derecho a que el Estado adopte medidas para preservar el contenido mínimo de propiedad y posibilite su aumento, implica, entre otros:

a) El deber estatal de implementar:

a1) medidas antiinflacionarias,

---

[122] Algunas constituciones, como la de Italia y la de Perú, mencionan expresamente el derecho al ahorro. Así, la Constitución Italiana establece en su art. 47 que "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.
Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del paese." Disponible en Internet: http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf
("La Republica estimula y protege el ahorro en todas sus formas; disciplina y coordina el ejercicio del crédito.
Favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión accionaria directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país". Traducción del autor)
La Constitución Política del Perú dispone:
"Artículo 87°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.
La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.
La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica."
Disponible en Internet: http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf

a2) medidas de desestimulo a la comercialización de bienes de rápida obsolescencia y bajo valor de reventa y

a3) medidas de estímulo a la adquisición de bienes de reserva de valor como, por ejemplo, inmuebles.

Por la misma razón, las normas que implementan políticas inflacionarias y de estímulo al consumismo son lesivas al derecho al ahorro.

b) El deber estatal de sancionar las prácticas de terceros que puedan lesionar el derecho al ahorro.

En este último sentido, las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor[123] disponen que

"66…Los Estados Miembros deben, según proceda, establecer o fomentar:...f) La actuación responsable de los proveedores de servicios financieros y sus agentes autorizados, en particular en lo que respecta a la concesión responsable de préstamos y la venta de productos que se ajusten a las necesidades y los medios del consumidor;..."

Lo anterior i plica que, desde un punto de vista general, el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo debe compensarse con un "contradesequilibrio" sistémico normativo.

Dicho de otra manera, *mientras persista el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo, el sistema normativo de la sociedad de consumo no puede ser "neutral" sino que tiene que ser "desequilibrado" en favor del consumidor*. No hablamos de normas aisladas, que ya existen y en gran cantidad, sino de un sistema de normas, de fondo y de forma, que guarden coherencia y sean de aplicación efectiva.

Como ejemplo, la ley 26831, de Mercado de Capitales[124], establece en su art. 1° inciso b, que "Son objetivos y principios fundamentales que informan y deberán guiar la

[123] Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, revisión aprobada en la 81ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, del 22 de diciembre de 2015. Disponible en Internet: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf . La aplicación de las Directrices no es obligatoria, sino que solo es "recomendada" a los Estados Miembros.

interpretación de este ordenamiento, sus disposiciones complementarias y reglamentarias: ...Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor;..”

Sin embargo, en su texto no aparece una normativa que distinga entre el “inversor profesional o institucional” y el “inversor no profesional o minorista”.

Otro ejemplo es el del régimen de créditos ajustables por UVA (Unidad de Valor Adquisitivo), que comenzó a regir en abril de 2016 y se complementó con un sistema de depósitos también ajustables por UVA.

Según puede leerse en el sitio web del Banco Central de la República Argentina[125], "(e)l valor inicial de una UVA al 31 de marzo de 2016 se fijó de manera tal que fuera equivalente a la milésima parte del costo promedio de construcción de un metro cuadrado testigo, basado en las cifras conocidas para inmuebles de diverso tipo en las ciudades de Buenos Aires, Córdoba, Rosario, Salta y zona del Litoral (Santa Fe de la Vera Cruz-Paraná), ponderados por población. Como este metro cuadrado testigo se ubicaba en $14.053, el valor inicial de la UVI fue de 14,053 pesos (14 pesos con 53 milésimos).

El valor de la UVA se actualiza diariamente por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), basado en el índice de precios al consumidor. El índice de precios al consumidor tiene una altísima correlación con el costo de la construcción, pero sufre menor volatilidad. De este modo, 1000 UVA alcanzarán aproximadamente para construir 1m2 testigo en cualquier momento futuro. El valor diario de la UVA se publica en la página web del Banco Central, junto con las principales variables.

La habilitación del ahorro en UVA pone al alcance de las familias argentinas un instrumento de ahorro protegido de la inflación, similar al ahorro “en ladrillos” pero accesible a todas las familias independientemente de su poder adquisitivo."

---

[124] Mencionada en el punto III. 2.3., al tratarse el fallo "Camderros"
[125] Fuente: http://www.bcra.gob.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Politica_financiera_crediticia.asp . Consultado: 28/06/20.

El último párrafo transcripto fue desmentido por la realidad: de $14,053 al 31 de marzo de 2016, se llegó a $55,06 al 30 de junio de 2020[126]

IV. Conclusiones

En la presente, se formularon e investigaron las siguientes hipótesis:

a) La inexistencia de un plexo normativo que regule sistemáticamente al consumidor de servicios financieros dificulta la resolución de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra dicho sujeto.

b) La inexistencia de un plexo normativo que regule sistemáticamente al consumidor de servicios financieros dificulta la creación de un mercado de capitales y la posibilidad de adquisición de los bienes y servicios necesarios para mantener y elevar la calidad de vida de los consumidores de servicios financieros.

Ambas hipótesis se entienden confirmadas en virtud de las siguientes conclusiones:

1) La normativa de protección de los usuarios de servicios financieros es asistemática, con normas nacionales y locales que generan posibles antinomias en concreto, siendo los ejemplos más significativos los artículos del Código Civil relacionados con el contrato de consumo y los contratos bancarios de consumo del CCC y la ley 24240, frente a la leyes 15348, de prenda con registro, 24441, en lo referente al régimen especial de ejecución hipotecaria y las regulaciones locales del juicio ejecutivo.

2) Las antinomias en concreto también pueden observarse en la posible colisión entre los arts. 42 y 17 CN, respecto de la protección a la dignidad e intereses económicos del consumidor y a la propiedad del acreedor

[126] Fuente: http://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Principales_variables.asp . Consultado: 30/06/20

3) La definición de consumidor de los arts. 1 ley 24240 y 1092 CCC, y del punto 1.1.1. de las normas de “Protección de los Usuarios de Servicios Financieros” BCRA no resuelve posibles conflictos interpretativos.

4) El diálogo de fuentes, como regla de interpretación no reemplaza sino que, en todo caso, complementa la aplicación de los principios de jerarquía, especialidad y cronología.

5) La tensión entre principios reconocidos en normas constitucionales puede resolverse judicialmente con la elaboración de reglas que "especifiquen" la aplicación de dichos principios a casos concretos. La existencia de este remedio interpretativo no debe dispensar al legislador de su deber de formular reglas coherentes. Un sistema normativo donde predomine el “principialismo”, esto es, la aplicación judicial de principios por sobre las reglas como método regular de resolver conflictos, desemboca inexorablemente en inseguridad e imprevisibilidad.

6) El consumidor, en tanto vulnerable, es merecedor de una tutela diferenciada de sus intereses económicos. Dicha protección tiene raigambre constitucional pero debe ser normada por reglas infraconstitucionales coherentes con el resto del ordenamiento jurídico, a fin de minimizar interpretaciones que, por un lado generen lagunas axiológicas y, por el otro, las “llenen” con soluciones diferentes.

7) En relación con lo anterior, es imprescindible y urgente regular en forma diferenciada los procesos ejecutivos en los que el demandado sea un consumidor.

V. Bibliografía

- Alchourrón, Carlos, Bulygin, Eugenio, Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2° edición revisada, primera reimpresión, año 2012.

- Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

- Álvarez Larrondo, Federico M., “La protección constitucional de los "intereses económicos" de los consumidores”, Sup. Const. 2013 (febrero), 22/02/2013, 35 - LA LEY2013-A, 395. Cita Online: AR/DOC/382/2013

- Anchaval, Hugo A., Insolvencia del consumidor. Editorial Astrea, año 2011

- Atencio, Juan Martín, “El sobreendeudamiento del Consumidor: Una pequeña introducción al problema”. Disponible en http://danterusconi.blogspot.com.ar/2010/01/doctrinael-sobreendeudamiento-del.html . Consultado el 05/05/20

- Baquerizo Minuche, Jorge. "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación". Revista de Derecho Público, 2009, p. 19 a 52. Disponible en Internet: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf Consultado: 15/08/19.

- Barreira Delfino, Eduardo; “Tarjeta De Credito”, Director Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h), Editorial AD HOC (2008)

- Barreira Delfino, Eduardo; “Proteccion Del Cliente Bancario”, en el libro LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, Directores Sebastian PICASSO y Roberto A. VAZQUEZ FERREYRA, editorial LA LEY (2010).

- Barreira Delfino, Eduardo; “Contratos Bancarios”, en el libro sobre ANALISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, Director Daniel A. HERRERA y Jorge N. LAFFERRIERE, editorial EL DERECHO.

- Barreira Delfino, Eduardo; “Contratos Bancarios”, en la obra CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN – Analizado y concordado (Arts. 11378 a 1420), Dirección Alberto J. BUERES – Tomo 1 – HAMMURABI - 2014.

- Bersten, Horacio L. “La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores”, publicado en LL, Suplemento Actualidad, 30/8/11, pág. 1; Cita Online: AR/DOC/2844/2011.

- Cavalli, Luis, "De la metáfora a la prosopopeya - El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (O de los peligros de la desjerarquización del ordenamiento jurídico)", en Rubinzal Culzoni Online. Cita: RC D 1307/2015.

- Farina, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, 3ra ed., Ed. Astrea, Bs. As. 2004

- García Amado, Juan Antonio; "Decidir y argumentar sobre derechos", Editorial Tirant Lo Blanch, México, año 2017.

- Gerscovich, Carlos G., Derecho Bancario y Financiero Moderno -director y coautor-, Ad Hoc Buenos Aires, 1999.

- Gerscovich, Carlos G., Bancos, clientes y protección de los consumidores, “Jurisprudencia Argentina”, ejemplar nº6145, del 9-6-99, Secc.Doctrina, p.2 y ss.

- Gerscovich, Carlos G., El mercado, el derecho bancario y bursátil desde una perspectiva distinta: el análisis económico del derecho, en coautoría con Martín G. Vázquez Acuña, publicado en la “Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata”, Noviembre de 2007, Año 1, número 1, p.73 y ss.

- Gerscovich, Carlos G., Contratación electrónica y banca electrónica. (e-commerce & home banking), Primera parte: comercio y contratación electrónica, “Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones”, Abeledo–Perrot, Año 41, t° 2008-A, p.925/944.

- Gerscovich, Carlos G., Contratación electrónica y banca electrónica. (e-commerce & home banking), Segunda parte: banca electrónica, “Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones”, Abeledo–Perrot, Año 41, t° 2008-B, p.249/276.

- Guastini, Riccardo; "Teoría Analítica del Derecho", ZELA Grupo Editorial E.I.R.L., Perú, 1° edición, febrero 2017

- Guastini, Riccardo, "variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación". En “Análisis Filosófico” XXVI Nº 2 - ISSN 0326-1301 (noviembre 2006) 277-293. Disponible en Internet: http://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v26n2/v26n2a05.pdf

- Halperin, Isaac, Curso de Derecho Comercial, Edit. Depalma, Vol. I, pág. 76, 6º reimpresión, 1982.

- Hernández, Carlos A., “Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo”, LL 2013-D, 94

- Junyent Bas, Francisco A., Izquierdo, Silvina, "¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores", Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (octubre), 01/10/2009, 1 - LA LEY2009-F, 991. Cita Online: AR/DOC/3539/2009

- Junyent Bas, Francisco, "El sobreendeudamiento del consumidor y las vías de saneamiento", MicroJuris.com, 6 de diciembre de 2012, Cita: MJ-DOC-6101-AR | MJD6101.

- Kemelmajer De Carlucci, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), Cita Online: AR/DOC/1618/2009

- Lima Marques, Claudia, “Algumas preguntas e respostas sobre prevençao e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas”, Revista de Direito do Consumidor, RDC 75/9, jul.-set./2010, publicado en "Doutrinas Essenciais Direitos do Consumidor", Revista dos Tribunais, Vol. II, San Pablo, 2011

- Lorenzetti, Ricardo Luis; Picasso, Sebastián; Wajntraub, Javier Hernán. Consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, segunda edición actualizada, 2009.

- Lorenzetti, Ricardo L., "Presentación del Proyecto", En Internet: http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf Consultado: 14/10/19.

- Moraes Oliveira, Júlio, “A visão do STJ sobre a vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora”. Disponible, en portugués, en Internet: http://www.atualizacaocdc.com/2016/04/a-visao-do-stj-sobre-vulnerabilidade-da.html

- Moreso, José Juan, “Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos”. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. CLXXXVI 745 septiembre-octubre (2010)

- Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2º edición ampliada y revisada, 17º reimpresión, Editorial Astrea, 2014

- Nino, Carlos Santiago, “La Validez del derecho”, Editorial Astrea, 1º edición, 4º reimpresión, 2012, Buenos Aires.

- Orlando, Federico, “Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución Nacional”, en La Constitución en 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria / GARGARELLA, Roberto, coordinador ; PIQUÉ, María Luisa , ORLANDO, Federico, colaboradores, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

- Rossi, Jorge Oscar, "La ley de prehorizontalidad y su necesaria integración con el Estatuto del Consumidor", “El Derecho” (ED tomo 216).

- Rossi, Jorge Oscar, "El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el «choque» de principios constitucionales", publicado en Microjuris.com, el 14 de junio de 2017. Cita: MJ-DOC11003-AR | MJD11003

- Rossi, Jorge Oscar, "Derecho de Consumidores y Usuarios" (El "Sistema General" y el "Microsistema Especial" del Derecho del Consumo), de Ediciones D&D, año 2017.

- Rossi, Jorge Oscar, "Regulación del endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor en la República Argentina", tesis doctoral defendida en la Universidad de Morón el 28 de abril de 2017. En papel, un ejemplar se encuentra depositado en la Biblioteca "Mariano Moreno" de la Universidad de Morón y otro en la Biblioteca de la Fundación Cijuso.

- Rossi, Jorge Oscar, "El sobreendeudamiento del consumidor y la protección de su derecho de propiedad", publicado en Microjuris.com el 22 de diciembre de 2017. Cita: MJ-DOC-12338-AR | MJD12338

- Rusconi, Dante, "Consumidores y proveedores alcanzados por la legislación de defensa del consumidor". Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores y usuarios, Alegría Héctor - Mosset Iturraspe, Jorge (directores), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2012.

- Tambussi, Carlos Eduardo, "Los derechos del consumidor como derechos humanos", capitulo VII, pagina VII-13, de la obra Derechos Humanos, 6a ed., Buenos Aires, Fund. de Derecho Administrativo, 2007. Disponible en Internet: http://www.gordillo.com/DH6/dh.pdf. Consultado: 25/08/19)

****