



**APLICACIÓN DE LA LEY 24.240 EN LOS
CONTRATOS DE PRÉSTAMOS ENTRE
ENTIDADES FINANCIERAS Y
PARTICULARES**

**MORENO MELANIA
ABOGACÍA
AÑO 2012
RIO CUARTO, CÓRDOBA.**

El préstamo es una de las operaciones financieras más comunes en la actualidad, y como tal, tiene sus beneficios y sus desventajas. Los consumidores, sufren una percepción equivocada de los costes y de las ventajas de dichos contratos, y las entidades responden de manera estratégica a esta percepción del consumidor. El proveedor del crédito no es un comerciante común, porque comercializa con dinero, es un especialista en las contrataciones bancarias y por ende busca su ganancia. Así mismo, el préstamo es una causal de endeudamiento en la sociedad; el consumidor endeudado es aquella persona que se encuentra imposibilitada de cumplir con las obligaciones asumidas como consecuencia de su obrar. Así las cosas, surge la necesidad de una tutela efectiva para los derechos del consumidor. Cierto es que el contrato de préstamo es un contrato bancario y por lo tanto constituye un contrato de consumo, y como tal, le resulta de aplicación la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor; ya que se trata de la prestación de un servicio, realizado por una entidad financiera, a favor de una persona que contrata a título oneroso para su consumo final, o beneficio propio o de su grupo familiar o social. Entonces, la actividad de las entidades financieras se encuentra regulada por la ley 21.526 y por el art. 42 de la Constitución Nacional Argentina, el que establece que el consumidor o usuario es protegido en sus derechos patrimoniales y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor asume ese enfoque y le reconoce una serie de acciones que aquél puede ejercitar a los fines de mantener seguros sus derechos frente al proveedor.

The loan is one of the most common financial operations today, and as such, has its benefits and disadvantages. Consumers suffer from a misperception of the costs and benefits of such contracts and institutions respond strategically to this perception of the consumer. The credit provider is not a trader, for markets with money, is a specialist in banking contracts and therefore seeks its profit. Also, the loan debt is a cause in society; the consumer debt is a person who is unable to meet its obligations as a result of his actions. So, there is a need for effective protection of consumer rights. It is true that the loan agreement is a contract banking and therefore constitutes a consumer contract and as such, it can benefit from the Law on Consumer Protection 24.240, and that it is providing a service, by a financial institution in favor of a person who hires a consideration for final consumption, or benefit themselves or their family or social group. Then, the activity of financial institutions is regulated by law 21.526 and by art. 42 of the National Constitution of Argentina, which provides that the consumer or user is protected economic rights and the law 24.240 of Consumer Affairs takes this approach and recognizes a number of actions that one can exercise in order to secure their rights against the supplier.

*A mis padres, mi mama Graciela por su amor inquebrantable y
mi papa Manolo por estar a su manera,
mi hermano Denis, mis abuelos Lela y Nono
y a mi compañero de sueños Marcos...
para que se nos cumplan.*

ÍNDICE

Introducción.....	4
Objetivos.....	-6
Objetivos generales.....	-6
Objetivos específicos.....	6
Metodología.....	6
CAPITULO I	
1. LEY DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.....	7
1.1 Ley de Orden Público.....	7
1.2 Relación de Consumo.....	7
1.2.1 El Consumidor o Usuario de Servicios Financieros.....	8
1.2.2 Los Proveedores de Crédito y inclusión en el ámbito de aplicación de la LDC.....	9
CAPITULO II	
2. OPERACIONES DE CRÉDITO.....	11
2.1 El Valor de la Información.....	13
2.2 La Publicidad.....	14
CAPITULO III	
3. PRACTICAS Y CLAUSULAS REFERIDAS AL TRAFICO MERCANTIL EN EL DERECHO DE CONSUMO.....	17
3.1 Cláusulas Abusivas.....	17
3.1.1 Cláusulas abusivas que desnaturalizan las obligaciones:.....	20
3.1.2 Clausulas abusivas relacionadas con los intereses de la operación.....	21
3.1.3 Clausulas abusivas relacionada con la jurisdicción.....	22
3.1.4 Clausulas abusivas que tratan de invertir la carga de la prueba.....	23
3.1.5 Clausulas abusivas ambiguas.....	23
3.1.6 Clausulas abusivas ininteligibles.....	23
3.2 Efectos de las clausulas abusivas.....	24
3.3 Contratos de Adhesión.....	25
3.4 Contratos Tipo.....	28
CAPITULO IV	
4.1 ACCIONES.....	30

4.2 RESPONSABILIDADES.....	32
CAPITULO V	
5. SOBREENDEUDAMIENTO.....	36
5.1 Acceso al Crédito	37
5.1.1 Préstamos otorgados al Sector Publico.....	39
5.1.2 Préstamos otorgados a Jubilados y Pensionados.....	40
5.1.3 Préstamos Personales “por ventanilla”	41
5.1.4 Préstamos Hipotecarios.....	42
5.2 POSIBLES SOLUCIONES AL SOBREENDEUDAMIENTO.....	42
CONCLUSIÓN.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	48

INTRODUCCIÓN

La actividad financiera es el instrumento fundamental para el desarrollo económico de un país, en la actualidad cada vez son más las entidades financieras que abren sus puertas a la sociedad con ánimo de complacer sus necesidades.

“Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios. La actividad económica tiende a la satisfacción de esas necesidades, y toda la actividad mercantil está dirigida (con ánimo de lucro) a llenar necesidades, comodidades, gustos y hasta vanidades humanas” (Farina, 2000, p. 1).

La fácil y rápida contratación con las entidades financieras, logra que las personas obtengan dinero en efectivo en pocos pasos y con mínimos requisitos sin tener en cuenta que no cumplimentar luego con lo adeudado traerá aparejado problemas de difícil resolución, ya que ante el incumplimiento de dichos créditos se iniciaran juicios tendientes a la ejecución de los deudores, quienes rara vez comparecerán a defender sus derechos y llegando dichas demandas a ser procesos largos donde lo que se termina percibiendo mensualmente no alcanza a cubrir los intereses que mes a mes son actualizados.

“El crédito cumple muchas funciones y de las más variadas, como ayudar a emprender un negocio, cubrir un problema pasajero o un gasto imprevisto y, a veces como un sobresueldo para llegar a fin de mes. Incluso para vivir mejor, adquiriendo diversos bienes que son necesarios; de allí que parece acorde con una idea moderna de democracia y facilidad para obtener los bienes, que las personas cuenten con un acceso razonable a él. Por ello, se coincide en señalar la función social que este cumple en nuestra sociedad, como red de contención o último auxilio frente a los infortunios de la vida”. (Anchával, 2011, p. 141 citando a Austen)

Sin embargo, no podemos negar, que el consumo por medio del crédito es una de las causales más importantes de endeudamiento en la sociedad. Una parte significativa de la clientela de las entidades financieras son atraídas por las campañas publicitarias agresivas, destinadas al consumo compulsivo, comprometiendo con ese obrar su nivel de estabilidad económica.

Si bien la existencia de un alto consumo favorece la economía, una sociedad con una gran deuda privada es siempre preocupante.

En este orden, creemos que las entidades financieras deberán adoptar mayores recaudos, habida cuenta de su condición de profesional por la naturaleza de la obligación que asume y la actividad que desarrollan.

La actividad bancaria, y por consiguiente, la actividad de las entidades financieras se encuentra regulada por la ley 21.526, sin embargo, conforme surge del art. 42 de nuestra Constitución Nacional, el consumidor o usuario es protegido en sus derechos patrimoniales y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y/o Usuario asume ese enfoque y le reconoce una serie de acciones que aquél puede ejercitar a los fines de mantener seguros sus derechos frente al proveedor.

El presente trabajo se encuentra estructurado en cinco capítulos, el primero de ellos está íntimamente relacionado con la Ley de Defensa al Consumidor y/o Usuario, estableciendo la noción de 'relación de consumo' y la inclusión del servicio financiero como supuesto de dicha relación, instaurando los conceptos de consumidor o usuario de servicios financiero y proveedor de servicios financieros. En el segundo capítulo se analizan las operaciones de crédito y se expone el valor que posee en la actualidad la información y la publicidad. El tercer capítulo nos habla de las prácticas y cláusulas abusivas referidas al tráfico mercantil en el derecho de consumo, haciendo hincapié, principalmente en aquellas cláusulas abusivas que se encuentran inmersas en los contratos de adhesión, teniendo en consideración que estos tipos de contratos son los que generalmente utilizan las entidades a los fines de la contratación con los particulares. El quinto capítulo estudia las acciones y responsabilidades a las que deberán someterse las entidades financieras en el supuesto caso de no reconocer los derechos de los particulares. Y finalizando, el capítulo cinco será motivado por el sobreendeudamiento de la sociedad, los distintos préstamos como causales activas del endeudamiento de los consumidores, como así también las posibles prácticas de solución del problema.

OBJETIVOS

Objetivo General:

- Establecer la viabilidad de la aplicación de Ley 24.240 y sus disposiciones complementarias en relación a los créditos otorgados por las Entidades Financieras y señalar a lo mismos como causal activa del sobreendeudamiento de la sociedad.

Objetivos Específicos:

- Analizar detalladamente la Ley 24.240, especialmente los primeros artículos que establecen los conceptos de consumidor, usuario y proveedor; el Capítulo VIII que refiere a las Operaciones de Venta de Crédito; el Capítulo IX de los Términos abusivos y Cláusulas ineficaces y el Capítulo X de la Responsabilidad por Daños.
- Estudio de obras doctrinales, analizando la posición de diferentes autores que abordan el tema planteado.
- Recolección y análisis de Jurisprudencia.
- Investigar las ventajas y desventajas del otorgamiento de créditos por parte de las entidades financieras, estableciendo la desigualdad de condiciones al momento de contratar.
- Indagar sobre las distintas formas de sobreendeudamiento en la sociedad y sus posibles soluciones.

METODOLOGÍA

- Desarrollo del tema planteado.
- Estudio de las leyes en cuestión.
- Análisis de la información necesaria.
- Procesamiento de la información.
- Justificación de los objetivos enumerados.

CAPITULO I

1. LEY DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

1.1 Ley de Orden Público

La Ley 24.240(en adelante LDC) fue sancionada en Septiembre del año 1993, promulgada por el Poder Ejecutivo en Octubre del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el 15 de Octubre de 1993; en el año 2008 se sanciono y promulgo la Ley 26.361 que modifica a la Ley 24.240 estableciendo disposiciones complementarias. Es de significativa importancia su Art. 65º, ya que le da a esta Ley una prioridad de aplicación frente a otras, no siendo disponible para las partes, el mismo establece que *“la presente ley es de orden público y rige en todo el territorio nacional...”*

Cuando el legislador quiere establecer una prioridad en la aplicación de una determinada Ley, le asigna el carácter de orden público.

“Se trata de una normativa de carácter federal, como sistema de orden público constitucional, que no es disponible para las partes, ni para los magistrados (orden público interno)”. (Cecilia Weingarten y Carlos A. Gherzi, 2006, p. 16)

1.2 Relación de Consumo

“La ley se refiere no solo al contrato para consumo o uso, sino que amplía su contenido a otros aspectos íntimamente vinculados a los derechos de los consumidores o usuarios, que si bien exceden del ámbito estrictamente contractual, entran en la relación de consumo a que se refiere el art. 42º de la Const. Nacional¹”. (Farina, 2000, p. 11).

Al referirnos a la relación de consumo, la norma constitucional abarca no sólo el vínculo creado por el contrato, sino también el derivado de los hechos o actos jurídicos vinculados al "acto de consumo".

¹ **Art. 42 Constitución Nacional:** “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”.

En cuanto a la relación de consumo, el derecho tradicional se basó en el principio teórico de la igualdad de los contratantes, plasmado en las normas del Código Civil: *“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”* (art. 1137º C.Civil), y *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”* (art. 1197º C.Civil).

“Materia de la ley de defensa del consumidor son las relaciones jurídicas emergentes de las contrataciones mercantiles en las que una parte es – comúnmente – una empresa que impone sus condiciones generales de contratación (parte dominante) y la otra es el cliente aislado (parte débil) que se ve sometido a las cláusulas predisuestas por el primero”. (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 30).

“Nadie puede dudar que la ley 24.240 (modificada en la última oportunidad por la ley 26.361) en sus normas tuitivas comprenda a los clientes de los bancos o usuarios de servicios financieros. Entonces, podemos definir a la protección de esta ley, como un conjunto de reglas generales que dirigidas directamente a las entidades financieras, tiene por efecto beneficiar al cliente en su relación con aquella, ordenando el sistema financiero de manera general sin que sea un sujeto en especial beneficiado, pero con sanciones administrativas que tienden a igualar las partes”. (Santiago F. Castellanos y José C. D`Felice, 2008, p. 257)

“Debe presumirse que existe una relación de consumo cuando el crédito es otorgado a una persona física cuya ocupación y monto percibido no admiten suponer otro destino que el de adquirir bienes o servicios para uso personal o bien para cancelar deudas pendientes” (CNCom, Sala D, 6/5/09 “Compañía Financiera Argentina SA c/ Heredia, Rodolfo M.” LL, 2009-D-610)

1.2.1 El consumidor o usuario de servicios financieros

“Art. 1º LDC: 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”.

Los primeros artículos de la Ley de Defensa del consumidor describen los conceptos de “consumidor”, “usuario” y de “proveedores”.

Creemos que la ley emplea la expresión usuario no precisamente a quien compra algo para su uso (pues este será el consumidor), sino a aquella persona que va a utilizar el servicio que brinde la otra parte, como en el caso de los usuarios de servicios financieros. Las entidades bancarias prestan un servicio a sus clientes susceptibles de encuadrarse en la normativa de ley 24.240.

De la misma forma, el art. 3º de la mencionada LDC establece en su último párrafo “...*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...*”, lo que nos define que, si bien la relación que hay entre las entidades financieras y los clientes pertenece al derecho bancario (por celebrarse entre ellos un contrato bancario), la ley de defensa del consumidor, tutela esta relación y resuelve un problema de integración al señalar que la regla especial debe integrarse con la general y otras especiales y que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor.

1.2.2 Los proveedores de crédito y su inclusión en el ámbito de aplicación de la LDC

“Art. 2 LDC: Proveedor, es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título

universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

El contrato de crédito para consumo incluye tanto el crédito para consumo de origen bancario, como el crédito para consumo en general. Podríamos distinguir según la persona del otorgante, es decir, si es una persona física o jurídica (la enorme mayoría de los casos) en ejercicio de su actividad, o una entidad financiera.

Recientemente la jurisprudencia, al analizar un conflicto de competencia entre una financiera y un particular, en la ejecución de un título de crédito, sostuvo que “sin necesidad de entrar en el análisis de la causa de la obligación preexistente al libramiento de dicho título, es posible inferir la prestación de un servicio financiero que de manera profesional efectúa la entidad mencionada. A criterio del tribunal, esa actividad financiera queda comprometida en el ámbito de la relación de consumo definida en el art. 3º de la ley 24.240. En efecto, las operaciones bancarias y financieras pueden ser o calificarse como operaciones activas o pasivas. Las primeras son aquellas en la que la entidad coloca recursos financieros a través del otorgamiento de créditos al público en general. Claro está que este supuesto se encuentra amparado por la ley de defensa del consumidor, en tanto el cliente es el destinatario final de la prestación efectuada, y por tanto queda emplazado en la esfera prevista por el art. 1º de la ley 24.240”. (“GE Compania Financiera S.A. c/ Pizarro, Luis I.” Lexis, 9/6/09)

Se suma a ello, que las entidades bancarias actúan en el mercado como un “profesional en su actividad”, asumiendo un alto grado de especialización y con superioridad técnica respecto a su contratante, por lo que su responsabilidad deberá adecuarse tal especialidad.

CAPITULO II

2. OPERACIONES DE CRÉDITO

“Art. 36° LDC: Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:

- 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.*

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.

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 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.

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.

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”

“El crédito al consumo ha sido definido como todo crédito que permite al consumidor obtener los bienes o servicios destinados a sus necesidades personales o familiares, cualquiera sea la técnica jurídica utilizada para realizar el crédito” (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo L., 1993, p. 63)

“Sera crédito para consumo aquel que una persona física o jurídica, en ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional.” (Anchával, 2011, p. 99 citando a Languinge)

“La nueva redacción de la norma innova respecto de su antecesora, al hacer referencia expresamente a las ‘operaciones financieras para consumo’, diferenciándolas de las de ‘crédito para consumo’, para luego, en su párr. 4º, hacer referencia al crédito de financiación otorgado por un tercero. Es decir a partir de la reforma, se abarca expresamente no solo al ‘crédito’, sino también a todas las operaciones financieras en general para consumo. Ello sin perjuicio de surgir indubitable la interpretación que compartíamos en el marco de la legislación derogada, esto es, que quedan incluidas en el art. 36º de la LDC tres clases de créditos: A) el que otorga el propio proveedor del bien o del servicio; B) el que puede otorgar, con igual fin, cualquier tercero, y C) el que conceden las entidades financieras.” (Anchával, 2011, p. 100)

La Ley fija una serie de requisitos. El primero que establece es el referido a la necesidad de describir el objeto del mutuo financiero. Se busca relacionar el crédito con el bien adquirido. De este modo se impide disfrazar una operación encuadrada en la LDC de otra cosa. También se debe especificar el precio de contado. Así, el consumidor sabrá evaluar la conveniencia de comprar al contado o a crédito. Respecto a los datos de la financiación (tasa, interés, etc), debe consignarse en forma clara cuál es el costo financiero total.

“Se fija como obligatoria la descripción del objeto del mutuo financiero. Es decir, en el caso de adquisición de bienes o servicios para los cuales se recurre a una operación financiera o de crédito para consumo, se obliga a describir detalladamente el objeto del mutuo. Tal descripción está dirigida a la posibilidad de relacionar el crédito otorgado con el bien adquirido, desalentando liminarmente toda eventual maniobra del prestador del bien o servicio o del ente financiero interviniente de disfrazar la operación y buscar sustraerla del marco tutelar de la legislación del consumidor”. (Anchával, 2011, p. 114 citando a Muller-Saux)

“También se establece la obligatoriedad de consignar el precio al contado. La exteriorización de este último permite claramente al consumidor comparar entre una opción y otra tomar la mejor. Se trata de impedir que la complicada matemática financiera, más el apuro y ansiedad del consumidor, le jueguen en contra” (Anchával, 2011, p. 114)

Otra pauta es la de designar el precio a desembolsar inicialmente y el monto financiado. De esta forma, el consumidor conocerá la tasa efectiva anual y el monto sobre el cual se aplicarán los intereses, los cuales deberán estar especificados. Asimismo, se deberá consignar la cantidad, periodicidad y montos de los pagos que el consumidor debe realizar, además de cargos extra, si existieran. “La omisión de establecer la tasa de interés aplicable hace procedente la aplicación de la tasa pasiva promedio fijada por el Banco Central; claro ésta es una opción, además de la de solicitar la nulidad total o parcial. La explicitación de tasa de interés, precio final, etc., permiten al consumidor comparar diferentes alternativas de financiación existentes en el mercado, revelando el costo real de su crédito, que no es solamente igual a la tasa de interés aplicado, sino que comprende el diferencial respecto del precio de contado efectivo”. (Anchával, 2011, p. 115)

2.1 El valor de la Información

“La información es fundamental para el consumidor, tanto en lo referente al costo de financiación como a las fuentes alternativas de obtención del crédito. Esta debe ser *cierta, clara y detallada*, lo cual deja fuera de toda discusión una asimilación con la mera propaganda.” (Anchaba, 2011, p. 101).

La publicidad, no tiene por finalidad ofrecer una información completa y detallada, y solo puede limitarse a lo que llame la atención para atraer clientela.

La información tiende a mantener el equilibrio entre las partes de una relación de consumo. El art. 4º de la LDC² introduce la *obligación de informar* y como contrapartida surge el derecho de obtener esa información de una forma gratuita.

“Este derecho a la debida información y su correlativo deber impuesto al proveedor tiene carácter de principio general del derecho del consumidor y usuario como lo consagra el art. 42 de la Con. Nacional. En nuestro país este derecho tiene rango constitucional, con lo cual se descarta toda posibilidad de discusión” (Farina, 2000, 124).

“La información a brindar antes de la celebración del contrato adquiere así un rol y un alcance inéditos, teniendo en cuenta, también, la íntima conexión que se establece entre el contenido de la información y el contenido del contrato en razón de una presunta vinculatoriedad” (Anchával, 2011, p. 102 citando a Modica). Creemos, que la pieza más importante de divulgación de la información es *precontractual*.

“La falta de disponibilidad al público de modelos de contratos en las sucursales, así como en las páginas web de los bancos argentinos, consta en un informe del consumidor³, en tanto y en cuanto éste debe contar previamente y con anticipación con dichos modelos y no al momento de firmar” (Anchaba, 2011, p 103).

Sin embargo, sería ingenuo sostener que el acceso a la información resultaría suficiente para remediar los problemas, si no existe una formación suficiente de aquel que va a receptar los datos. Cuando los consumidores incurren en equivocaciones, las firmas intentan explotar sus errores. Ciertas firmas eligen ocultar la información a ciertos clientes. Estás no señalan por ejemplo, costos administrativos, honorarios por cheques rechazados, honorarios mínimos del balance, etc.

² **Art 4º LDC:** “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”

³ SERRA CAMBACERES, Informe regional sobre los créditos de consumo, contratos y publicidad en 5 países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Perú y Uruguay.

Aunque sea una obviedad, el art. 4º LDC no especifica que tal información deberá ser por escrito y en idioma nacional, pero surge como uno de los principios generales de la ley de defensa del consumidor.

2.2 La Publicidad

La publicidad es de particular importancia, como medio idóneo para las ventas, para conseguir clientes y hacerles conocer los productos.

“En la moderna economía industrial la capacidad productiva ha sido estructurada a tal grado que la mayor parte de los mercados es de compradores y los vendedores tienen que trabajar duramente para ganar clientes. El público adopta la mercadotecnia con ventas y publicidad agresiva. Las ventas se enfocan en las necesidades del vendedor, la mercadotecnia en las necesidades del comprador” (Anchával, 2011, p. 118 citando a Lauletta)

La publicidad no debe ser engañosa. El art. 4º de la LDC y el art. 9º⁴ de la ley 22.802 de la lealtad comercial reglamentan la cuestión.

Publicidad no es sinónimo de información, si bien los objetivos pueden ser similares, no son los mismos. La publicidad tiende a persuadir, a lograr vender y la información tiende como sentido funcional a racionalizar las operaciones del consumidor.

“Estimular, sugerir, persuadir son aspectos o tareas propias de la publicidad. La información apunta, por el contrario, a la transparencia, a la objetividad, a decir lo que es, a ilustrar al destinatario para que pueda decidirse con conocimiento de los bienes y servicios, de sus cualidades, atributos, posibilidades”. (Lorenzetti, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis, 1993, p.80)

Una cuestión importante, es el valor que se le da a la confianza, creada por la propaganda como factor generador de responsabilidad.

“En el ámbito del crédito para consumo la publicidad se encuentra muy presente y casi siempre resulta, al menos parcial, cuando no rectamente engañosa. Se suma a ello la incapacidad de comprender acabadamente los términos complejos de los productos financieros, es decir a las operaciones normalmente complejas y claramente inaccesibles a la medida de

⁴ **Art. 9 ley 22.802:** Queda prohibida la relación de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto a las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

consumidores, hay que sumarle una publicidad sesgada”. (Anchával, 2011, p. 120)

“Las decisiones acerca de crédito, de seguros e inversiones requieren, por ejemplo, el conocimientos de conceptos y de terminología, la extracción de información de texto, la comprensión de la aritmética, los cálculos, la comprensión de las fracciones, porcentajes y las probabilidades, las predicciones sobre un ingreso propio futuro, los gastos y la salud, y las predicciones sobre el mercado, es decir, factores tales como tasa de interés, el rendimiento de fondos de inversión y la inflación”. (Anchával, 2011, p. 120)

CAPITULO III

3. PRACTICAS Y CLAUSULAS REFERIDAS AL TRÁFICO MERCANTIL EN EL DERECHO DE CONSUMO

A continuación estudiaremos el capítulo IX de la LDC que nos habla de los términos abusivos y cláusulas ineficaces; comprende los art. 37 a 39, y trata de uno de los aspectos más acuciantes y críticos que presenta la actividad comercial de los últimos tiempos. El art. 37 trata de la ineficacia de las cláusulas abusivas; el art. 38 se refiere a los contratos de adhesión, a los contratos de formularios y a las cláusulas predispuestas; y el art. 39 se ocupa de los contratos tipo que requieran aprobación de determinada autoridad administrativa.

3.1 Cláusulas Abusivas

“Art. 37º LDC: De los términos abusivos y cláusulas ineficaces. Interpretación. 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;*
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;*
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

“Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre derechos y obligaciones de ambas partes” (reglamentación del art. 37 ley 24.240)

“El carácter abusivo surge de la misma cláusula o de su combinación con otras y se considera tal a la que limita indebidamente la responsabilidad por daños personales, importa renuncia de los derechos del adherente o ampliación de los derechos del predisponente”. (Conf. Directiva 93/13)

“Las cláusulas deberán reunir dos condiciones para calificarlas de abusivas: desequilibrio significativo o relevante entre los derechos y obligaciones de las partes y que dicha circunstancia genere un inequitativo perjuicio, una violación al principio de buena fe, y que afecte al usuario o consumidor”. (Santiago F. Castellanos y José C. D`Felice, 2008, P. 261).

Podemos entender por cláusulas abusivas las impuestas unilateralmente por una de las partes y que perjudican a la otra, determinando un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes.

El “*In dubio pro consumidor*” es un principio básico que señala que en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. El párr. 2º del art. 37º LDC sienta este principio básico. Además, aclara explícitamente que en caso de violarse alguna de estas prohibiciones impuestas al empresario de insertar cláusulas abusivas el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato en su totalidad o la de una o más cláusulas; esto a libre elección del consumidor (lo cual no está explicitado en el art. 3º LDC) no obstante será el juez quien, en definitiva, decida. “Esta parte del art. 37 se refiere pues, a dos cuestiones diversas: a) de plantear la nulidad de una o más cláusulas abusivas insertas en el contrato, para lo cual bastara que el juez analice su contenido, pues se tratara de una cuestión de puro derecho, y b) sancionar la conducta abusiva del proveedor, para cuyo juzgamiento el juez necesitará las pruebas pertinentes; en este último caso no se trata de interpretar el contenido de un contrato, sino el comportamiento de las partes para poder determinar si el proveedor actuó de mala fe, incurrió en abuso de derecho o no cumplió con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes” (Farina, 2000, p. 370)

El art. 37º LDC expone diversos supuestos de clausulas abusivas, sin hacer una enumeración taxativa, sino ejemplificativa.

“Este art. se aplica a las cláusulas abusivas, pero no se limita a estas, pues se refiere a cinco cuestiones distintas, si bien íntimamente conectadas: a) ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas; b) reglas sobre interpretación de los contratos; c) comportamiento abusivo del empresario (o proveedor); d) derecho del consumidor a demandar la nulidad (o ineficacia), y e) consecuencias de la nulidad parcial del contrato”. (Farina, 2000, p. 347)

La Secretaría de Competencia, la desregulación y la Defensa del Consumidor, por medio de la Resolución 53/2003 establecieron que “conforme lo normado por el art. 42 de la Constitución Nacional, los consumidores y usuario de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, entre otros, a la protección de sus intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno, correspondiendo a las autoridades proveer a la protección de los mismos,(...), que asimismo, en razón de lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 24.240, es función de su autoridad de aplicación vigilar que los contratos de consumo predeterminados no contengan cláusulas de las previstas en su art. 37, (...), resulta conveniente confeccionar un listado enunciativo de cláusulas que encuadran en las disposiciones del artículo 37 de la Ley N° 24.240, sin perjuicio de otras que, por su naturaleza, puedan enmarcarse en los criterios generales establecidos en dicha norma y en su reglamentación. Que a tal fin se incluye como Anexo de la Resolución un listado de cláusulas de carácter enumerativo, no taxativo, que se consideran abusivas...”

Completando la anterior resolución, la Secretaría de Coordinación Técnica dicto la Resolución 09/2004, que establece “que en los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de medicina prepaga y de servicios financieros y/o bancarios se consideraran cláusulas abusivas:

a) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos:

I. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato.

II. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar.

III. Se determinen criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes.

IV Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a SESENTA (60) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato.

b) Cuando en contratos cuya duración sea superior a los SESENTA (60) días y se hubiere previsto la renovación automática, no establezcan la obligación del proveedor de notificar al consumidor con una antelación no inferior a SESENTA (60) días, los cargos por renovación u otros que, con carácter variable, se hallaren previstos en el contrato. Quedan exceptuados los contratos de depósitos a plazo fijo cualquiera fuera su duración.

c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, excepto en relación con los celebrados por tiempo indeterminado, los cuales sólo podrán rescindirse sin causa, previa notificación al consumidor, cursada con una antelación no menor a SESENTA (60) días, salvo que las normas que regulen específicamente la actividad determinen un plazo distinto.

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”.

Esta cuestión, nos lleva analizar, diferentes cláusulas consideradas abusivas que son comunes de hallar en los contratos de mutuo realizado por las entidades financieras, a modo ejemplificativo mencionaremos las siguientes:

3.1.1 Cláusulas abusivas que desnaturalizan las obligaciones

Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones, son aquellas, según la doctrina, se apartan injustificadamente del derecho positivo. Tal sería el ejemplo de que la condición del cumplimiento de las obligaciones del particular o la condición de modificar el contrato unilateralmente o alterar cualquier

derecho emergente del contrato, dependen solo de la voluntad de las entidades financieras.

El pacto comisorio estipulado en el art. 216 del Código de Comercio⁵, no será considerado una cláusula abusiva, pues en ese caso, la entidad financiera deberá invocar y probar un motivo válido y justificado, sin embargo puede llegar a constituir un ejercicio abusivo del derecho la resolución contractual por parte de la entidad que no guarde relación con el grado de incumplimiento del cliente.

3.1.2 Cláusulas abusivas relacionadas con los intereses de la operación

En las operaciones a crédito la indeterminación del costo de financiación, sujeta a las variaciones que acusen las tasas de interés, suele constituir un modo de desnaturalizar la obligación asumida por el consumidor, para cuya corrección debe aplicarse el art 36º LDC que dispone: “cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

“La cláusula más común, es la cláusula que establece los intereses punitivos, en nuestro caso del uno y medio por ciento diario por cada día de mora, lo que hace un interés compuesto constituido de-, intereses compensatorios uno y medio por ciento mensual y el uno por ciento y medio diario a partir de la mora; supongamos que el plazo de pago, como es habitual, sea los cinco primeros días por adelantado, es decir el quinto día del plazo final de la mora automática, por lo que a partir del día sexto se comienza a abonar el punitivo: se trata de veinticuatro días al 1,50% diario, lo que hace un total, al primer mes, del 36% mensual, con más el 1.5% del compensatorio, por lo que resulta un total del 37.5% mensual. Es obvio que hay abusividad económica por dos cuestiones. La primera, que si el interés compensatorio es de 1.5% mensual, no se puede establecer la misma cifra, pero diaria, para establecer

⁵ **Art. 216 Cod. Com:** en los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. No ejecutada la prestación el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución.

una cláusula punitiva, y la segunda es que si el negocio económico no puede constituirse en un desplazamiento económico-financiero (avalado jurídicamente por una cláusula violatoria del art. 954 del Cod. Civil, es decir, sobrepasando el precio del mercado de la mercancía de dinero)". (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 46).

Otra cláusula abusiva relacionada con los intereses, es aquella que permite la capitalización de los intereses al mes vencido, tanto compensatoria como punitivos, constituyendo una figura financiera que cae bajo la figura del anatocismo (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 47).

3.1.3 Cláusula abusiva relacionada con la jurisdicción

Este tipo de cláusula, trata de disuadir al cliente para que pueda ejercer sus derechos, son aquellas que tratan de someter al particular a una jurisdicción que no le pertenece y además que le resulta imposible acudir.

"En general, cuando el consumidor celebra un préstamo (crédito de consumo) con alguna entidad que oficia de prestamista, se pacta un domicilio diferente del domicilio real del consumidor. La prórroga de jurisdicción a veces asume el carácter de grotesca: un consumidor celebra un contrato en Formosa y lo ejecutan en Capital Federal" (Anchával, 2011, p. 137)

"En lo atinente al pacto de jurisdicción, constituye una fragante violación al derecho de defensa en juicio, pues lo coloca en un domicilio inexistente, para pactar la jurisdicción simplemente le genera una situación de indefensión futura manifiesta". (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 47).

La cuestión central se plantea cuando la jurisdicción pactada es inaccesible para el contratante débil, derivada de litigar en una jurisdicción distinta a la natural, volviendo así ilusoria cualquier pretensión de hacer valer sus derechos.

La jurisprudencia, ha establecido, frente a estas prácticas "la incompetencia de los tribunales capitalinos en caso de estas prórrogas de jurisdicción" (CNCom, Sala E, 26/8/09, "Compañía Financiera Argentina SA C/ Castruccio, Juan C.", LL, 2009-F-709).

Respecto de la cuestión de la competencia en la ejecución del pagaré, se han planteado una serie de situaciones, así la Cámara comercial, en pleno, resolvió fijar como doctrina legal que " en las ejecuciones de títulos cambiarios

dirigidos 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 24.240 prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución. 2) Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de dicha ley”. (Anchával, 2011, p. 143 citando CNCom, en pleno, 29/6/11, LL, 4/7/11, p. 8)

3.1.4 Cláusulas abusivas que tratan de invertir la carga de la prueba

“En el tráfico mercantil existen hechos y circunstancias que crean presunciones *iuris tantum* (o *iuris et de iure*) contra el comerciante, algunas derivadas de la teoría de la apariencia y de los usos y prácticas mercantiles, y otras de la realidad de los hechos o de la responsabilidad objetiva (art 1113 Cód. Civil). En las condiciones generales de contratación el comerciante suele establecer que él no será responsable mientras el consumidor no lo pruebe; con esto pretende exonerarse incluso de la responsabilidad objetiva. El inc. c, al disponer la ineficacia absoluta y de pleno derecho de toda cláusula que pretenda invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, está imponiendo al comerciante la necesidad de que sea él quien deba probar la forma en que han ocurrido los hechos o las circunstancias que permitan liberarlo de la responsabilidad”. (Farina, 2000, p. 361)

3.1.5 Cláusulas abusivas ambiguas

Para confundir al consumidor y menoscabar sus derechos suele recurrirse a otro tipo de abuso: la utilización de cláusulas ambiguas que se prestan a diversas interpretaciones. Tales cláusulas muchas veces son oscuras e incompletas (Farina, 2000).

Se deberá tener en cuenta para estas cláusulas dudosas el segundo párrafo del art. 37º LDC cuando dice: “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

3.1.6 Cláusulas abusivas ininteligibles

Las cláusulas ininteligibles son aquellas de las cuales no se puede lograr una interpretación coherente, quedando en manos del particular solicitar la nulidad de dicha cláusula.

La posibilidad de impugnar el contenido del contrato o de una o varias de sus cláusulas dependerá también de su legibilidad entendiendo por tal “la posibilidad real y efectiva de poder leer fácilmente lo escrito”.

3.2 Efectos de las cláusulas abusivas

La ley establece que si se declara un negocio como existente, con todos sus elementos, y hay en él algunas cláusulas abusivas, el juez debe declarar su ineficacia e integrar el contrato con normas del derecho dispositivo.

También establece la nulidad parcial en caso de: violación del deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o su celebración; transgresión del deber de información; transgresión de la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial.

La ley prevé como sanción, para los casos en que la cláusula sea abusiva, que ella se tenga por “no convenida”.

“El art. 37 declara la ineficacia tanto de las cláusulas abusivas como de las cláusulas confusas (no comprensibles), ininteligibles e ilegibles; y admite que simultáneamente se declare la eficacia del resto del contrato. En este caso se tratará de una ineficacia (o nulidad) parcial con la sustitución imperativa de cláusulas por disposición judicial”. (Farina, 2000, p. 372)

“El sistema de ley establece entonces la nulidad parcial de cláusulas por violación de deberes precontractuales y la nulidad parcial de cláusulas abusivas en el contrato existente. Esta nulidad es parcial y absoluta en tanto surge de violaciones del orden público contractual. Consecuentemente es aplicable de oficio o a petición de parte y sería, ab initio, imprescriptible” (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo L. , 1993, p. 247)

“Las cláusulas podrán ser declaradas nulas, pero el juez podrá a su vez, llevar a cabo una interpretación integrativa, directamente integrar el contrato del modo o con una nueva cláusula que entienda más adecuado el principio de buena fe y a la naturaleza del contrato (Santiago F. Castellanos y José C. D'Felice, 2008, p. 262). La integración deberá ser contextual. Ante el vacío

dejado, el juez deberá integrarlo recurriendo al tipo contractual correspondiente.

“Entonces, tenemos tres efectos jurídicos y económicos: por un lado, la nulidad y/o ineficacia de la cláusula y su relación económica respecto del contrato de mutuo, verbigracia, la reducción de intereses, etc; en segundo lugar, la responsabilidad por la mera incorporación de la cláusula abusiva que viola la confianza contractual y debe reparar el daño moral autónomo y por último, la constitución simultánea de un cuasidelito, que constituye, por ejemplo, aplicable el art. 1081 del Cod. Civil, haciendo responsables a todos los prestamistas de la reparación de los daños ocasionados en forma solidaria, aun cuando la creencia del crédito sea simplemente mancomunada” (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 49).

3.3 Contratos de Adhesión

“Art. 38° LDC: Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido

REGLAMENTACIÓN: la autoridad de aplicación notificara al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el art 37 (cláusulas abusivas) que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas por el art. 47 en la ley 24.240.”

De acuerdo a nuestro Código Civil al momento de contratar contamos con dos grandes principios, la libertad de contratar y la igualdad entre las partes. Consecuencia de esos principios es que las partes gozan de la más absoluta libertad para convenir sus negocios jurídicos y asignarles el contenido que consideren conveniente, concediendo a la libre voluntad de las partes la

fuerza de la ley. Los acuerdos prestados sin ninguno de los vicios de la voluntad, harían nacer una ley privada que regiría las relaciones entre las partes contratantes.

“El contrato es el resultado de la expresión libre de dos voluntades, que se encuentran situadas en un plano de igualdad para discutir los términos del contrato y autorregular sus intereses. Dentro de este esquema la autonomía de la voluntad supone la libertad de las relaciones contractuales, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar y libertad para negociar cláusulas y, sin embargo la libertad nos muestra otra faceta, y es que los hombres viven en condiciones de enorme desigualdad económica y social que obviamente limitan la real libertad de poder ligarse jurídicamente. De ello se desprende que la igualdad de los sujetos contratantes no es, de hecho, el punto de partida. El principio de igualdad jurídica, dentro de la contratación, se traduce en la necesidad de proteger de un modo especial a la parte económicamente más débil, o tomador del préstamo, para evitar que quede a merced de la más fuerte. En rigor de verdad, no se trata de igualdad, sino de igualación, es decir en el de otorgar un tratamiento a las relaciones jurídicas valorando previamente a quienes deben ser igualados. La libertad de contratación, el equilibrio económico de las contraprestaciones y la igualdad de los sujetos contratantes, han sido la base sobre las cuales se asienta nuestro Derecho” (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 33 y ss).

Los contratos de adhesión hacen referencia a aquellos negocios en cuya celebración las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas por la otra, que no tiene la posibilidad de introducir modificaciones; si no quiere aceptarlas debe abstenerse de celebrar el contrato, pues las propias circunstancias y las características de éste impiden cualquier negociación.

“El contrato por adhesión existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes; una, dotada de una particular fuerza contractual, impone sus esquema a la otra, en el sentido de “lo tomas o lo dejas”, sin otra posibilidad para ésta que aceptarlo tal cual o rechazarlo” (Farina, 2000, p. 378 citando a Messineo)

En los contratos de adhesión la validez casi ni se cuestiona, pues se sabe desde el principio, que esta violentada por la presencia del poder

desigual, y, en cambio, adquiere mucha relevancia la invalidez e ineficacia parcial. Lo común es que las entidades financieras utilicen este tipo de contratos; si bien los mismos no podrán quebrantar el mandato de buena fe, deberán ser revisados cuando surge una situación de privilegio a favor de la parte más fuerte. Por medio de la revisión de los acuerdos, se ha permitido la posibilidad de restablecer el equilibrio económico de las prestaciones y además la posibilidad de restablecer la igualdad de los contratantes.

Creemos que el art. 38º LDC es de bastante imprecisión, por lo que siguiendo a Farina (2000, p. 375 y ss) procuraremos desglosarlo y lograr su mejor entendimiento:

- contenido del contrato: 1) cláusulas uniformes (son cláusulas que pertenecen al mismo texto); 2) cláusulas generales (destinadas a todos los contratos de similar especie), 3) cláusulas estandarizadas (lo cual les da el carácter de reglas fijas, en principio, inmodificables), y 4) contratos con cláusulas predispuestas (la ley utiliza la expresión: cláusulas redactadas unilateralmente por el proveedor). Las cláusulas predispuestas que reúnan todas o algunas de las características mencionadas con anterioridad se conocen con el nombre de “condiciones generales de contratación” cuando están dirigidas al público en general.

- Forma en que se plasma el contrato: 1) contratos hechos en formularios (es aquel cuyo texto viene impreso, y en el cual las partes se limitan a llenar las partes que vienen en blanco y especificar ciertos datos particulares en cada caso), y 2) contratos reproducidos en serie (es también llamado contrato estándar, entendemos que es aquel que se integra con las cláusulas impuestas por el predisponente y tiene uniformidad de texto. Podríamos decir que todo contrato de formulario adquiere las características del contrato tipo, pero no ocurre necesariamente a la inversa).

- Modo y condiciones en que el cliente celebra el contrato: contratos de adhesión (para muchos existe identidad entre contrato por adhesión y condiciones generales de contratación, pues lo normal es que frente a las condiciones generales el particular deba someterse a las cláusulas predispuestas por la otra parte. Sin embargo puede haber condiciones generales sobre la base de cláusulas que emanan de la voluntad del más

fuerte (cláusulas predispuestas) y condiciones generales impuestas por la autoridad pública.

“Tres son las cuestiones fundamentales que plantea el contrato por adhesión: a) La primera consiste en determinar hasta qué punto puede decirse que quien entra en relación con la empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas ha tenido conocimiento de ellas y otorga, respecto de su contenido, un verdadero consentimiento y, en consecuencia, celebra un genuino contrato. b) La segunda consiste en que, aun cuando el consumidor haya tenido conocimiento de todo su contenido, podrá, no obstante, impugnar las cláusulas que violen las prohibiciones del art. 37. c) La tercera reside en que existen reglas que imponen una intervención del poder público, sometiendo determinadas condiciones de la contratación por adhesión a la previa aprobación del organismo administrativo correspondiente”. (Farina, 2000, p. 384/385).

En definitiva, los contratos realizados por las entidades financieras son de adhesión, ya que la masificación y despersonalización de las relaciones contractuales han provocado que el contrato de negociación individual haya sido sustituido, por la contratación estandarizada o de adhesión, tanto bancaria como de prestamistas particulares. “Esta modalidad permite la elaboración en serie de un sin-número de contratos, sometidos a una estandarización rigurosa, y que permite al predisponente obtener una reducción de los costes de negociación, celebración y regulación, que van asociados a la contratación individual, fundada sobre la discusión de cláusulas concretas. Estos contratos suponen una restricción de la libertad de contratación, ya que una de las partes (la fuerte-prestamista) predispone el contenido del acuerdo y la otra parte (débil-consumidor) solo puede aceptar o rechazar. Es decir hay una falta de igualdad entre las partes, lo que conlleva a una falta o limitación de libertad contractual por parte de los particulares; en este sentido no puede atribuirse a la adhesión el valor del consentimiento tratándose, mas bien, de un mero asentimiento. Los conceptos de libertad e igualdad jurídica han pasado a constituir una ficción, frente a la subordinación y a las desigualdades económicas que surgen de la contratación en masa o de adhesión individual. (Cecilia Weingarten y Carlos A. Ghersi, 2006, p. 36 y ss).

3.4 Contrato Tipo

“Art. 39º LDC: Modificación Contratos Tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación”.

A estos contratos tipos se los llama contratos autorizados o aprobados. “Se llama contrato autorizado el que, en virtud de una disposición legal necesita ser aprobado por la pertinente dependencia administrativa. Constituye un caso de contrato sujeto a condiciones generales, cuyo contenido no es predispuesto a libre voluntad del empresario, pues requiere la previa autorización administrativa”. (Farina, 2000, p. 390)

Este art. impone la obligación de hacer cumplir y respetar la ley 24.240 a las autoridades nacionales o provinciales de las que dependa aprobar el contenido de contratos tipo según la normativa específica. Y si fuere necesario, son esas autoridades, las que deberán modificarlos.

CAPITULO IV

4.1 ACCIONES

El capítulo XIII de la LDC “se refiere a las acciones judiciales para el caso que un consumidor (o usuario) afectado en cualquiera de sus derechos que le otorga la ley, accione judicialmente contra el responsable demandando el cumplimiento del contrato o la nulidad de cláusulas abusivas o del contrato todo, o bien la resolución contractual así como la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos. (Farina, 2000, p. 477)

Recuerda Taborda citado por Farina (2000, p. 477) que éste capítulo, tal como fue sancionado por el Congreso constituye “un ataque frontal a la seguridad jurídica, y que no se adecua por desproporcionado, a la realidad argentina, por lo que sería de difícil aplicación en la práctica, al no haber sido precedido de los imprescindibles estudios acerca del costo económico y social que supone la puesta en marcha de algunos mecanismos de tutela del consumidor; en tanto otros han dicho, simplemente, que no se entiende”.

Entendemos que las disposiciones vigentes que contiene la LDC sobre acciones judiciales se refieren a los siguientes aspectos:

- Se reconoce legitimación para accionar judicialmente a las asociaciones de consumidores, a las autoridades de aplicación y al Ministerio Público, además del propio damnificado (*“art. 52º LDC: sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.*

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal”).

- Se aplicaran las normas del procedimiento más abreviado, según el código procesal que rija en la jurisdicción competente (“art. 53º LDC en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”)

- se admite el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (“art. 45º LDC, párr. 1º: La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores...”)

4.2 RESPONSABILIDAD

“Art 40° LDC: Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Art 40° bis LDC: Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

Una de las reformas más importantes que obtuvo la LDC con la sanción de la Ley Ley 26.361 (que entró en vigencia en el año 2008) fue la de introducir el Art. 40° bis y con ello la noción de ‘Daño Punitivo’ y la posibilidad de que las Autoridades de Aplicación de la LDC pueda disponer la reparación de daños en sede administrativa. Es decir, cuando un consumidor presenta un problema de consumo por algún incumplimiento o violación a la ley, y dicha conducta le ocasiona un daño sea a sus bienes o a su persona, la Autoridad

Administrativa puede fijar un resarcimiento a su favor. Esto es el Daño Directo, es una potestad que se le confiere a la Autoridad de Aplicación para satisfacer adicionalmente las necesidades de los consumidores.

“La figura del Daño Punitivo, que es la posibilidad, en los casos importantes o de incidencia general o colectiva (es decir, cuando un conjunto de consumidores es afectado por alguna práctica ilícita; por ejemplo todos los clientes de una empresa de servicios alcanzados por un débito indebido), los damnificados están habilitados para recurrir a la justicia para solicitar, además del cese de la conducta y la reparación del daño personal causado a cada uno, que se le fije una multa adicional a la empresa proveedora, la aplicación de un monto en concepto de “Daño Punitivo”, destinada a disuadir las conductas que afectan a los consumidores”. (<http://www.consumidor.gov.ar/el-dano-directo-en-la-ley-de-defensa-del-consumidor/>)

“Con la reciente reforma a la Ley (artículo 40 bis de la Ley 22.240), se introduce la posibilidad de fijar Daño Directo en sede administrativa, que implica que si por una acción o inacción del proveedor, que importe una infracción de consumo, al consumidor se le produce un daño en sus bienes o en su persona, la Autoridad de Aplicación tiene la posibilidad de resarcir dicho daño hasta un determinado monto. Hay algunas limitaciones para su aplicación, porque así lo ha decidido el legislador, para su aplicación en sede administrativa. Estos límites son: el daño que se resarce es el “directo”, es decir, el que se produce como consecuencia inmediata de la infracción. El segundo límite en cuanto a las posibilidades de fijar resarcimiento está referido a la cuantía. La Ley estipula que se puede fijar reparaciones por un monto no superior a las cinco canastas básicas para el hogar 3, que difunde el Indec. En la actualidad ese valor corresponde a unos 6800 pesos. Muchas veces el daño derivado de una secuela directa de daños es 1000 o 2000 pesos. En ese caso el consumidor puede buscar una reparación plena del daño en la sede administrativa. Pero si el daño es mayor, si excede largamente los 6800 pesos, el consumidor tendría que buscar la reparación adicional en el Poder Judicial. El tercer límite es que el acto administrativo que fija la reparación puede ser apelado por el proveedor. En ese caso, los efectos del acto quedan suspendidos. Quiere decir que hasta que los jueces –la instancia de revisión del acto administrativo- no certifiquen en términos legales este acto, en cuanto

a su viabilidad y pertinencia, la sanción impuesta y el daño fijado no pueden materializarse. Sólo queda firme –el acto- una vez que los jueces confirman, en su caso, el acto administrativo”. (<http://www.consumidor.gov.ar/el-dano-directo-en-la-ley-de-defensa-del-consumidor/>)

Si bien el trámite administrativo tiene plazos y reglas formales, cuenta con una gran ventaja que es la posibilidad de obtener una reparación en tiempos más rápidos por, sin pagar aportes ni otros gastos.

La reparación de daños ha sido una atribución propia del Poder Judicial. Sin embargo, esta nueva figura que se traslada a una esfera del Poder Ejecutivo tiene, con las limitaciones ya descritas, límites suficientes para que esté debidamente resguardado el debido proceso que prevé de la Constitución Nacional y normas inferiores.

“Alguna jurisprudencia reciente ha sostenido que el ‘Daño Directo’, como categoría de resarcimiento, debe ser solicitado por la parte que lo padece. Esta reflexión considera que es incongruente que la Autoridad de Aplicación administrativa lo aplique en defecto de la solicitud de parte. Así se ha dicho: “Esta reseña permite comprobar que en ningún momento –ni en la denuncia inicial ni en sus ulteriores presentaciones – el denunciante formuló petición de resarcimiento alguno por ‘daño directo’, ni mucho menos a título de ‘daño punitivo’. Ello revela que las apreciaciones de la funcionaria administrativa han sido entonces el resultado de una construcción intelectual propia, espontánea, sin alegación de la parte interesada, y sin otorgar la correlativa posibilidad de que las empresas denunciadas tuvieran una adecuada y oportuna ocasión de defenderse u ofrecer pruebas referidas a esos hipotéticos perjuicios conjeturados por él a quo.” (ADAO, Iturrusgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Contencioso Administrativo – Expte. 310/2010. Sala A, Cámara de Apelaciones de Trelew, del 30 de julio de 2010. El subrayado es propio). Como puede verse, dos son las censuras contenidas en este veredicto respecto de la aplicación del artículo 40º bis de la Ley 24.240. 1) Que la petición de daño directo no fue solicitada por la parte. En ese sentido, la norma textualmente dice: La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto

Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El texto es claro, al menos en este punto: la norma no condiciona la aplicación de este resarcimiento a la petición de parte, autorizando a la autoridad de aplicación a que determine su existencia.” (http://www.eldial.com/nuevo/lite-tccdetalle.asp?id=9872&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=06/05/2011&in_dice=jurisprudencia)

Con respecto a la responsabilidad, el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, realizado en la Provincia de Mendoza del 4 al 7 de Octubre de 2009 sostuvo “...a tal fin, deberá la entidad financiera acreedora, que se encuentre en el tipo irresponsable y abusivo, someterse a una mediación obligatoria, previa a cualquier instancia judicial. La mediación responde a una ‘reducción de los procedimientos que debe ser efectiva, real y económica y detenerse en el límite en el que la prudencia exija la tutela del bien común’. Los mediadores podrán calificar la conducta de la entidad financiera, calificación que será somera y a simple verosimilitud de los hechos invocados por el consumidor, y tendrá efectos solo para admitir o rechazar la propuesta de mediación. También el juez a pedido del deudor, puede calificar someramente la conducta y enviar las actuaciones a mediación obligatoria”

El deber de resarcir se regirá por las reglas establecidas en el ordenamiento de fondo. La responsabilidad surgirá, por el incumplimiento del negocio jurídico bilateral o violando el deber genérico de no dañar.

Las entidades financieras actúan en el mercado como un profesional de su actividad, titular de una empresa con alto grado de especialización, colector de fondos y distribuidor del crédito por un privilegio emanado del Estado y con superioridad técnica respecto de su cocontratante, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 902 del Cod. Civil⁶, debiendo acordarse la conducta como responsabilidad agravada, ya que su condición lo responsabiliza de manera especial y le exige una diligencia y organización acorde con el objeto del negocio.

⁶ **Art 902 Constitución Nacional:** “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.”

CAPITULO V

5. SOBREENDEUDAMIENTO

“El consumidor sobreendeudado es aquella persona física, destinatario final del producto, que se encuentra imposibilitado de cumplir con aquellas obligaciones asumidas como consecuencia de su actuar no profesional ni comercial”. (Anchával, 2011, p. 43)

Las causas del sobreendeudamiento de una sociedad pueden dividirse en dos categorías, las causas activas que son el resultado directo de endeudarse y las pasivas que son aquellas en las que existe algún tipo de crédito tomado, que venía cumpliéndose normalmente, pero como consecuencia de algún factor accidental deriva en una situación de endeudamiento.

En general las causas activas de endeudamiento están relacionadas con las tarjetas de crédito, la deuda hipotecaria y los préstamos personales y las causas pasivas con el desempleo, la falta de ahorro, la emergencia económica, la crisis, el divorcio, los gastos de salud y enfermedades (“en la Argentina, a mediados de 2009, una familia tipo destinaba de su presupuesto casi \$834 por mes en medicina prepaga y \$952 en febrero del 2010, es decir, el 63,5 % de un salario mínimo vital y móvil, desconociendo cuanto valdrían dos meses después. Claro que la medicina prepaga es un gasto adicional de cierta clase social. Lo cierto es que aquellos que no la tienen aspiran a ella porque el Estado de bienestar hace décadas que dejó de serlo en la Argentina”. (www.iprofesional.com/notas/84724-La-clase-media-dice-cuanto-necesita-para-vivir-y-se-prepara-para-mas-aumentos.html))

“Los consumidores actualmente tienen más necesidad de crédito que en el pasado. Esto se debe, entre otras cosas, a una disminución del estado de bienestar que anteriormente abarcaba un mayor porcentaje de los costos de salud y educación, el aumento del costo relativo a la vivienda y el transporte, así como mayor aceptación de la gratificación inmediata, financiada por los ingresos futuros”. (Anchával, 2011, p. 152 citando a Anderson)

“En países como la Argentina, la deuda permanente, el endeudamiento parasitario, se debe al llamado ‘sobresuelo flotante’, por el cual se cubre la faltante de dinero que se precisa para vivir , con financiamiento caro de las

tarjetas y en los mercados marginales de crédito cuando el tomador es alguien que ni siquiera califica para el crédito institucional bancario. También el fenómeno del Estado en deterioro o franca retirada de sus funciones básicas, como salud y educación, han hecho que la vida se encarezca para un amplio sector de la clase media. Problema que a la postre, ha dejado de ser propiedad exclusiva de dicha clase. Los pobres tienen menos acceso al crédito que la clase media. Este sector con menos ingresos, está utilizando ese crédito para financiar la parte faltante de su sueldo. También este sector suele tomar crédito informal caro, que aplica por ejemplo a la compra de electrodomésticos, porque el crédito más barato, el institucional, se encuentra vedado”. (Anchával, 2011, p. 160)

Uno de los fenómenos conocidos en nuestro país sobre el endeudamiento, se basa en el registro (negativo) conocido como “Veraz SA” que impide a quien se encuentre registrado en él, el acceso al crédito formal, obligándolos a buscar préstamos rápidos y voraces. “Estos registros impiden el acceso al crédito formal, obligando a una masa importantísima de personas a recurrir a estos tipos de financiamiento. Existe, la ‘tentación’ del préstamo rápido y simple, cuando hasta las oficinas se encuentran ubicadas estratégicamente ‘al paso’ de los posibles clientes. Por otro lado, la imposibilidad de conseguir crédito oficial por falta de una carpeta de antecedentes presentable es una realidad. Más a menudo de lo que se pueda imaginar, la gente de escasos recursos no puede presentar antecedentes deseables para el sistema financiero”. (Anchával, 2011, p. 171)

Lo cierto es que en la actualidad, existen bancos privados que atienden a los jubilados y que coetáneamente le venden préstamos usuarios; financieras que funcionan fuera del control del Banco Central y que se disfrazan de cooperativas o mutuales utilizando el sistema público de pago para el caso de los empleados públicos.

5.1 Acceso al Crédito

El problema del deudor sobreendeudado se manifiesta en el segmento medio de la sociedad, aunque actualmente la expansión del crédito y el consumo a todos los sectores, ha provocado que éste llegue a espacios que antes se encontraban excluidos, como sería la clase media de bajos ingresos y

la clase de bajos ingresos. Definir el concepto de 'clase media o clase baja' no es tarea sencilla, ya que depende muchos y distintos indicadores, sin embargo podríamos destacar la encuesta de la Consultora CCR (publicada el 09/07/2006 en <http://edant.clarin.com/suplementos/economico/2006/07/09/n-00201.htm>), donde muestra que 40% de la gente pertenece a la clase baja, el 30% a la clase media empobrecida, el 20% a la clase media y el restante 10% a la clase alta. Sin embargo al momento de la percepción, la gente se considera el 55% como clase media o clase alta, el 33% como de clase media empobrecida y apenas el 12% como de clase baja.

Citando a Howells, Anchával (211, p. 128) expresa con acierto que “el prestamista tiene obvias ventajas de información, y también sería adecuado decir que ‘los hombres necesitados no son verdaderamente hombres libres’. Esto es verdad, especialmente en el caso de los consumidores más pobres, sobre quienes el estudio nos indica que utilizan el crédito para equilibrar su presupuesto y no simplemente para adquirir artículos suntuarios. Sin embargo, incluso entre los consumidores con mayores medios, el uso del crédito como parte integral de las finanzas domésticas se va haciendo algo tan común que el acceso igualitario al crédito se está convirtiendo en un derecho social muy semejante al acceso a empleos, vivienda, servicios médicos, etc”

La situación del acceso al crédito en los países emergentes se ha ironizado y se habla de tres categorías denominadas: “ 1) *homo economicus*, es un individuo perteneciente a la clase A o B, individuo con crédito, ahorros y cuentas en cualquier banco nacional o internacional que paga sus cuentas por medio del home banking, Internet, teléfono, o por escrito a través del uso del correo y que es objeto de incesante tele marketing de los bancos en búsqueda de nuevos clientes, 2) *homo semi-economicus*, es un individuo perteneciente a la clase media baja (clase C), individuo con una cuenta corriente para recibir su salario y pagar cuentas, pero sin créditos o reservas, que muchas veces ni cheques posee o cuentas simples, sin crédito, solo siendo a él permitido el uso de la tarjeta de débito, y 3) el *homo excluido*, un individuo de bajos ingresos, que no tiene cuenta bancaria y que, en el sistema financiero, debe descontar los cheques, y recibir eventuales pensiones y beneficios para los desempleados en un banco público, pagar las cuentas en casas de loterías o correos, sin la debida seguridad y asesoría. Más allá de todo muchos deben

pagar sus cuentas principales e impuestos en un banco público nacional en centrales de pago y solo pueden acceder a algún crédito (y caro) apenas a través de terceros ‘facilitadores’, los llamados usureros. En otras palabras, su renta limitada disminuye sus oportunidades de acceder y de adquirir servicios financieros en el mercado inmobiliario” (Anchával, 2011, p. 129 citando a Lima Marques)

5.1.1 Préstamos otorgados al Sector Público

Los préstamos otorgados al sector público se instrumentan mediante envío de una carta documento con los datos previamente cargados de aquellos que firmaron los mutuos. Estos se debitan de las cuentas de sueldo que tienen los empleados públicos en el banco oficial. Sólo hace falta contrato, DNI y la firma de un pagaré.

“Acaso uno de los problemas más comunes sea el endeudamiento de empleados públicos mediante el sistema de descuento de sueldos. Una financiera celebra un acuerdo con un sindicato. Las mutuales son muy apreciadas por su tratamiento fiscal; las inactivas pueden ser vendidas como se venden las sociedades. La mutual consigue el famosísimo ‘código de descuento’ que le permite operar con el sistema bancario público y de esta manera ‘cargarlo’ para que el banco oficial lo efectúe, pagando un precio en contrapartida, y además se lo deposite en una cuenta. Pero aún falta la clientela. Y ésta se busca en la calle o en los sindicatos, asociaciones, etc. Se pregunta Díaz Crousse por qué los préstamos que se le otorgan a los empleados, pensionados y jubilados de la Administración pública, los financistas o bancos privados no lo descuentan directamente a los empleados y en cambio lo hacen por medio de las asociaciones, sindicatos, mutuales, cooperativas de crédito, etc., de los trabajadores. La respuesta es porque saben que está expresamente prohibido por el decreto 6754/43, arts. 2º inc c y 5º y su decr. Reglamentario y complementario 9472/43, art 2º. Únicamente pueden hacerlo las entidades oficiales o mixtas, las asociaciones mutualistas comprendidas en la ley 12.209 y sus modificatorias, las asociaciones de empleados reconocidas oficialmente, las cooperativas de crédito y las casas de comercio por los créditos que concedan por suministro de mercaderías”. (Anchával, 2011, p. 132 citando a Díaz Crousse)

“La situación de los empleados públicos desde hace un tiempo comenzó a preocupar a cierto sector de la doctrina nacional. Y no es de extrañar esta preocupación, si al fin y al cabo desde 2003 la nación, las provincias, las municipalidades y las sociedades del estado contrataron alrededor de 911.000 trabajadores. Nada menos que 377 empleados por día. En Argentina viven del Estado 11 millones de personas, casi una de cada tres personas”. (www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1248731 -30/3/10-)

5.1.2 Préstamos otorgados a Jubilados y Pensionados

“Actualmente, unas 500 entidades otorgan distintas clases de créditos en efectivo, de consumo o de servicios, a casi 300.000 jubilados contra la garantía del propio haber previsional. El jubilado firma una autorización para que la Anses le descuente la cuota de sus ingresos y la acredite en la cuenta de banco, cooperativa o mutual que le dio el crédito. Este sistema dio lugar a toda clase de irregularidades y hasta de fraudes. Por ejemplo, algunas entidades falsificaban la firma del jubilado y obtenían así descuentos por créditos o servicios inexistentes. Como esas cuotas mensuales eran de poco valor-\$10 ó \$20- muchas veces el jubilado ni siquiera se daba cuenta de lo que le estaban descontando. En otros casos al jubilado le hacían firmar solicitudes en blanco y así esas entidades solicitaban el descuento de un mayor número de cuotas, abultaban los intereses o no aclaraban que además de la cuota del préstamo debían pagar una cuota mensual a la mutual.” (http://www.anses.gov.ar/prensa/notas/2005/julio/mutuales_medios.htm).

“Se planteaba como avance para el sistema el tope del 40% del haber jubilatorio, como máximo que se podía comprometer. Incluso, hay un proyecto de la Cámara de Diputados (0963-D-2007) en donde se exigía al poder ejecutivo que informara sobre los requisitos solicitados a las mutuales y asociaciones para la autorización de códigos de descuento en los haberes de jubilados y pensionados en las operaciones de préstamo, así como máximo porcentaje del haber jubilatorio susceptible de ser descontado”. (Anchával, 2011, p. 91)

5.1.3 Préstamos personales “por ventanilla”

Son aquellos préstamos otorgados por ventanilla, en donde el consumidor se acerca al prestamista. Simplemente se firma un pagaré. A veces se celebra un contrato de mutuo para respaldar la causa, pero no siempre se entrega el original al cliente. Como lo expone Anchaba (2011,p. 134) “es que el sujeto en ese momento sólo desea el dinero, y es capaz de firmar cualquier cosa, ya que se trata (la mayoría de las veces) de un público excluido del sistema financiero.”

En el caso de las clases más humildes, aquellas pertenecientes a la clase media baja o clase baja, recurren a aquellas ofertas de crédito que (como se dice en el medio) son a ‘sola firma’, como lo dice Curvale Acevedo citado por Anchával (2011, p. 171) “trasuntan en definitiva en usura institucionalizada, puesto que muchas veces la suma de las cuotas pagadas equivale hasta más de diez veces el monto original prestado. Además estos créditos son ofrecidos mediante propaganda engañosa, utilizando el descuento por bono o cuenta bancaria como anzuelo eficaz”.

A nuestro juicio el prestamista que entrega el dinero sin tantos requisitos, sin la mínima investigación de la capacidad de pago del consumidor, merece un castigo por parte de la ley. “Las firmas eligen ocultar la información a los consumidores y además pretenden explotar los errores de éstos (lo cual incluirá a los tramposos contratos de adhesión), también es cierto que una porción del mercado del crédito no puede recurrir a otro tipo de crédito que aquel que ofrecen a un precio realmente caro. Y es notable, también, la estratificación social que produce este hecho. Mientras aquellos con menos necesidades y mayor poder adquisitivo tienen acceso a un crédito estándar, los sectores más humildes de la población acceden a este crédito, caro y abusivo”. (Anchával, 2011, p. 64 citando a Gabaix-Laibson). Sería justo que quien ha colaborado al sobreendeudamiento del consumidor, colabore con él para poder salir del mismo.

Analizando específicamente los préstamos personales observamos que generalmente se firma un pagaré como garantía del mutuo. En cifras publicadas por PADEC (Prevención, Asesoramiento y Defensa del consumidor), en más del 90% de los casos, las entidades bancarias no entregan ni recibo legal ni fotocopia del pagaré que firman los usuarios.

Ninguno de los usuarios encuestados recibió fotocopia del pagaré firmado.” El 13% no recuerda y el 87% está seguro de que el banco no le entregó copia”. (PADEC, www.padec.org.ar)

5.1.4 Préstamos hipotecarios

Esta clase de crédito, al igual que los anteriores, es considerado como causa activa de endeudamiento de la sociedad.

Es el activo más importante de la mayoría de los consumidores, y se trata específicamente de la adquisición de un bien inmueble como vivienda familiar. Una casa consume más de los ingresos de la familia que cualquier otra compra.

“En la Argentina, que solemos pasar de un período de relativa estabilidad –breve, por cierto- a otros de gran incertidumbre, los largos plazos de pagos previstos en el negocio hipotecario suelen dar como resultado que aquello que comenzó bajo la pátina del crecimiento termine sumergiéndose en las tormentosas aguas de los avatares de los ciclos económicos (v.gr., la crisis de 2001)”. (Anchával, 2011, p. 175)

“La hipoteca es tradicionalmente un factor de endeudamiento, cuya ejecución y cobro produce una serie de perjuicios extra a los comunes. La gente pierde la vivienda, debe destinar fondos para alquilar y, en sí, el desalojo siempre resulta humillante y traumático. El costo del préstamo hipotecario, como su imposibilidad de ponerle una quita, conspira en este punto”. (Anchával, 2011, p. 178)

5.2 POSIBLES SOLUCIONES AL SOBREENDEUDAMINETO

Las políticas aconsejables a desarrollar son las siguientes: “a) la divulgación, en el sentido de cubrir las necesidades particulares de información de los consumidores en este mercado; b) la reducción de costes mediante la facilitación de informes de créditos; c) la regulación de los precios de los tipos de interés; d) la facilitación de la competencia y el acceso de los prestamistas más reputados; e) la experimentación con los modelos de reinversión en la comunidad, en desarrollo del crédito por los sindicatos y las asociaciones, entre las instituciones financieras y de la comunidad o de los grupos de interés público. Las cooperativas de crédito podrían ser alentadas a desarrollar a corto

plazo los programas de préstamos; f) la aplicación de la normativa contra prácticas desleales; g) el desarrollo de la capacidad de ahorro entre los consumidores de bajos ingresos, y h) la facilitación del seguimiento de las prácticas de mercado, la recolección de datos periódicos”. (Anchával, 2011, p. 169 citando a Ramsay)

Una de las posibles formas de frenar el sobreendeudamiento es la creación de ‘registros de datos’. Estos permiten estratificar y seguir a los clientes y futuros candidatos a préstamos. Se busca la responsabilidad del prestamista en la extensión y el otorgamiento irresponsable del crédito. Los registros sobre datos de crédito se dividen generalmente en dos categorías: negativos y positivos. Los primeros se refieren a aquellos que guardan información sobre defectos o incumplimientos de los pagos, mientras que los segundos son aquellos cuyos datos de crédito están compuestos por préstamos que no están incumpléndose.

Una propuesta interesante es la experiencia Belga de “imponer un impuesto a este tipo de deuda. Plantea una opción correcta para desalentar el préstamo irresponsable. Por un lado, logra desanimarlo y castigarlo y, por otro, contribuye a solventar los gastos del proceso, evitando que sea el contribuyente quien termine pagando el desgaste producido por la actuación judicial. Por supuesto que se plantea la problemática de la administración del impuesto, su eficacia y sus costes. Sin embargo, la experiencia con la administración de la tasa por servicio judicial en la Argentina no ha sido en general mala, pudiendo reeditarse un sistema similar”. (Anchával, 2011, p. 66)

Otra posibilidad es la que propugna Mas, citado por Anchaba (2011, p. 145), “la prohibición de títulos cambiarios en operaciones de consumo”. En sentido similar se argumenta que “se hace necesaria, por ende, una legislación protectoria en ese sentido que establezca, por ejemplo, la prohibición de utilizar pagarés en las operaciones de crédito al consumo o, en su defecto, la necesidad de consignar en los títulos la vinculación con la operatoria que les dio origen, de manera que el tercero esté en conocimiento del carácter del título que recibe. La sanción para el caso de incumplimiento sería la ineficacia de la obligación asumida cambiariamente por el consumidor, mediante su asimilación a un ‘incapaz’ de obligarse en esos términos, lo que dejaría subsistente la

validez de las obligaciones asumidas por los restantes firmantes de los títulos “. (Anchával, 2011, p. 145 citando a Sanchez Cannavó)

Se busca “consumidores responsables”, mediante el uso de la información, el desarrollo de la capacidad financiera y propagandas de educación financiera. Por lo que sostenemos que la actitud de consumo deberá tratarse en tres fases, la prevención, la mitigación y la rehabilitación.

CONCLUSIÓN

La ley 24.240 es de orden público, modifica cualquier norma de fondo o de forma que se encuentre en contradicción y es de aplicación obligatoria para los jueces.

Frente a ello y en consideración de que el derecho del consumidor es amplio y se proyecta en todos los ámbitos del derecho, y que el consumidor es la parte más débil de la relación jurídica, aparece la protección del consumidor y el criterio de interpretación a favor de la parte débil, que tiende a restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo.

“Los principios de la ley 24.240, en cierta manera y si se nos permite la expresión ‘sobrevuelan’ toda la contratación bancaria ejerciendo su función de control y tutela de los usuarios de los servicios. Están por encima de los contratos bancarios específicos, pero sin sustituirlo de ninguna manera.” (Santiago F. Castellanos y José C. D`Felice, 2008, p. 259)

Esto es así porque, en definitiva el contrato de préstamo es un contrato bancario y por ende, ese contrato constituye un “contrato de consumo” y, como tal, le resulta de aplicación la ley de Defensa del Consumidor. Ello así, pues se trata de la prestación de un servicio (art. 1º LDC) realizado por la entidad financiera en su condición de profesional, en favor de una persona física o jurídica que contrata a título oneroso (art. 2º LDC) para su consumo final, o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1º LDC). Por esta razón se deduce que la ley de Defensa del Consumidor es aplicable a las entidades financieras, lo que se ve reforzado normativamente por lo dispuesto en el art. 36º LDC, al establecer que el Banco Central de la República Argentina “adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley”, debiendo entenderse como tales las celebradas “para la adquisición de cosas o servicios”. Del mismo modo el art. 37º LDC, junto con los arts. 38º y 39º LDC, constituyen una pieza fundamental del régimen de defensa del consumidor, al referirse a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. El art. 37º contiene la regla por la cual se regula la interpretación de los contratos, estableciendo que “sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...”, enunciando luego tres alternativas de cláusulas

abusivas. Empero, esta enumeración, que es de carácter ejemplificativo y no taxativo, puede ser ampliada, siempre que del carácter de la cláusula, surja lesión a los derechos del consumidor y pueda incluirse entre alguna de las tres alternativas legales.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el 'préstamo' es una de las principales causas activas de endeudamiento en la sociedad. Parte de la misma se encuentra impedida de acceder al crédito formal (aquel que realizan los Bancos Oficiales con bajas tasas de interés) y deben recurrir a financiamientos de alto costo y de difícil cumplimiento. A la postre, aparecen los juicios tendientes al cobro de los créditos impagos, las posibilidades de discutir en sede judicial son casi nulas, los abusos radican principalmente en el cobro de cargos excesivos e injustificados, tales como 'gastos administrativos' o 'comisiones', pacto de intereses usuarios, omisión de entregar la documentación correspondiente, firma de pagarés en blanco, firma de un contrato en el que el consumidor reconoce adeudar el importe pactado y se obliga a pagar cuotas, firma en tantos pagarés como cuotas pactadas sin referencia alguna en el contrato de suscripción de dichos títulos; no extender recibos de pagos correctos para luego poder ser imputados en el juicio, establecer cláusulas abusivas de prórroga de competencia, a favor de tribunales de una jurisdicción territorial diferente de la que realmente resulta competente, etc.

Sin embargo, no caben dudas de que el crédito responsable beneficia a la economía de la sociedad. Aclaramos que, cuando decimos crédito responsable hacemos referencia a aquel crédito que está enraizado con la responsabilidad social de la entidad, así lo expresa Ramsay citado por Anchával (2011, p. 69) "hay tres acontecimientos en el crédito al consumo que son de interés aquí: a) la creación de un mayor deber de diligencia en los préstamos mediante una adecuación al modelo de los préstamos; b) la variedad de la autorregulación, y c) la reinversión en la comunidad modelo. Y esto está ligado al crecimiento de la industria de la información crediticia, o como lo denominan otros autores, la 'revolución tecnológica' que permite, mediante sofisticados sistemas de puntuación y antecedentes, efectuar un préstamo responsable. No solo aquellas empresas que brindan información

negativa, sino aquellas otras que también ofrecen información positiva sobre saldos de cuentas o límites de crédito...”

Y es justamente eso lo que se busca, un respeto mutuo (además de la buena fe que es necesario que esté presente) entre el consumidor y la entidad para lograr que quien acceda a un crédito pueda terminar de cumplirlo y no empeorar su situación. Las entidades deberán brindar la información necesaria, no inducir a engaños ni utilizar publicidad tramposa y los consumidores sólo accederán a aquellos créditos que a sabiendas podrán cumplir (o por lo menos con esa intención), sin embargo, en la actualidad estos ‘respetos’ no se dan con frecuencia.

Concluyendo con nuestro tema, pensamos que resulta imprescindible la tutela de la Ley de Defensa del Consumidor en los contratos de consumos entre una entidad financiera y un consumidor y/o usuario de servicios financieros, no sólo desde el punto de vista de la protección a brindarle al propio consumidor, sino también teniendo en cuenta que la exclusión financiera se debe considerar especialmente en el momento de luchar contra la pobreza.

BIBLIOGRAFÍA

- 21.526, Ley Entidades Financieras.
- 24.144, Ley Carta Orgánica del B.C.R.A.
- 24.240, Ley Defensa del Consumidor y sus disposiciones modificatorias.
- “Compañía Financiera Argentina SA C/ Castruccio, Juan C.”, LL, 2009-F-709 (CNCom, Sala E, 26/8/09)
- “GE Compañía Financiera S.A. c/ Pizarro, Luis I.” Lexis, N° 70055595 (CNCom, Sala C. 9/6/09)
- Anchával Hugo, Insolvencia del Consumidor, 2011, Buenos Aires: ASTREA.
- Bohoslavsky Juan Pablo, Créditos Abusivo, 2009, Buenos Aires: Abaco.
- Bollini Shaw Carlos - Eduardo J. Boneo Villegas. Manual para operaciones bancarias y financieras (4ta Edición). 1997, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Castellanos Santiago y José C. D`Felice. Derecho Bancario. 2008, Advocatus y Compendio de Cátedra.
- Escuti Ignacio. Títulos de Crédito, 2009, Buenos Aires: Astrea.
- Farina Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario (2ª Edición). 2000, Buenos Aires: Astrea.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo L. Defensa del Consumidor. 1993, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Weingarten Cecilia y Carlos A. Ghersi. La tutela del crédito - Consumidores, pequeñas y medianas empresas. 2006, Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, (del 4 al 7 de Octubre de 2009, Mendoza, Argentina)
- [www.iprofesional.com/notas/84724-La-clase-media-dice-cuanto-necesita-para-vivir-y-se-prepara-para-mas.aumentos.html](http://www.iprofesional.com/notas/84724-La-clase-media-dice-cuanto-necesita-para-vivir-y-se-prepara-para-mas-aumentos.html))
- <http://edant.clarin.com/suplementos/economico/2006/07/09/n-00201.htm>
- http://www.anses.gov.ar/prensa/notas/2005/julio/mutuales_medios.htm
- [http://www.consumidor.gov.ar/el-dano-directo-en-la-ley-de-defensa-del-consumidor/\)](http://www.consumidor.gov.ar/el-dano-directo-en-la-ley-de-defensa-del-consumidor/)

- www.eldial.com/nuevo/lite-tccdDetalle.asp?id=9872&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=06/05/2011&indice=jurisprudencia
- http://www.padec.org.ar/index.php?option=com_k2&view=item&id=2626:abril2007-1&Itemid=41.
- <http://www.ocu.org/servicios-financieros/el-consumidor-y-los-servicios-financieros-s361744.htm>

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG. El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés). "Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito. Debe ser conciso y específico". Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	MORENO MELANIA
E-mail:	melaniamoreno@gmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	"APLICACIÓN DE LA LEY 24.240 EN LOS CONTRATOS DE PRESTAMOS ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS Y PARTICULARES"
Título del TFG en inglés	"LAW ENFORCEMENT IN CONTRACTS 24.240 LOAN FROM FINANCIAL INSTITUTIONS AND INDIVIDUALS"
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PAP
Integrantes de la CAE	Sebastián Vanella Godino y Cristina González Unzueta
Fecha de último coloquio con la CAE	18/05/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

Si, inmediatamente

Si, después de mes(es)

No autorizo

Firma del alumno