



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL OTORGAMIENTO DE CREDITOS

TARJETAS DE CREDITO

ALUMNO: MARCELA LILIANA RODRIGUEZ

CARRERA: ABOGACIA

AÑO: 2013.

Resumen

El uso de la Tarjeta de Crédito como medio de pago e instrumento de financiación se ha incrementado considerablemente en la primera década del Siglo XXI conforme lo demuestran los usos y costumbres de la sociedad actual. En este trabajo se plantean las características de los contratos de tarjetas de crédito celebrados entre el banco y el usuario, y cuáles serían los diferentes supuestos en que se manifiestan prácticas abusivas por parte de los Bancos. Se analiza cómo la capitalización de intereses, jurídicamente llamada anatocismo, puede llegar a transformarse en una cláusula abusiva. Se exponen los recursos de protección con que cuenta el usuario. También incluye un análisis exhaustivo de la legislación y jurisprudencia argentina sobre el tratamiento de conductas abusivas en los contratos bancarios, efectuándose una comparación con otros países latinoamericanos, países de la Unión Europea y Estados Unidos. Como conclusión se manifiesta la necesidad de fortalecer los mecanismos institucionales, mediante acciones administrativas y judiciales, y la coordinación del accionar entre los tres poderes del Estado para lograr el mejoramiento de los canales de información al usuario y así poder defenderse de estas prácticas hoy habituales.

Palabras clave: tarjeta de crédito; banco; usuario; contratos bancarios; cláusulas abusivas, tasa de interés.

Abstract

The use of a credit card as a mean of payment and financing instrument has considerably increased in the first decade of the twenty first century according to the habits on the current society. This paper deals with the characteristics of the agreement between the bank and the card holder and which ones could be the different situations that allow abusive practices by banks. It explains how the capitalization on interest rate, legally called anatocismo, may become an unfair term. The paper exposes the resources of protection available to the card holder. It includes a comprehensive analysis of the legislation and jurisprudence of Argentina about the treatment of unfair terms in banking contracts making a comparison with other Latin America countries, the European Union and the USA. As conclusion it expresses the need to strength the institutional mechanisms through administrative and judicial actions and the coordination between the three powers of the Argentine State to achieve the improvement of the channels of information to the card holder in order to be able to defend himself against these common financial practices.

Keywords credit card, bank; card holder; unfair terms; banking agreement; interest rate.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.....	Pág. 1
CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES.....	Pág. 4
1-1-Reseña Histórica.....	Pág. 4
1-2-La tarjeta como instrumento de financiamiento. Ventajas y desventajas.....	Pág. 6
1-3-La Tarjeta de Crédito. Concepto y funciones.....	Pág. 8
CAPITULO II: EL CONTRATO ENTRE EL CLIENTE Y EL BANCO.....	Pág.10
2-1-Concepto, caracteres, instrumentación	Pág.10
2-2- Contenido del Contrato de emisión de tarjeta entre el usuario y el Banco.....	Pág.12
2-3- Responsabilidad de los Bancos.....	Pág.15
CAPITULO III: COMPUTO DE INTERESES Y GASTOS.....	Pág.17
3-1- Tipo de Interés y gastos incluidos en las tarjetas de crédito.....	Pág.17
3-2- Capitalización de intereses y anatocismo. Derecho Civil y Comercial.....	Pág.18
3-3- Análisis financiero del Anatocismo.....	Pág.20
3-4- Análisis de jurisprudencia.....	Pág.22
CAPITULO IV: APLICACION DE LA LEY DE DEFENSA AL CONSUMIDOR A LOS CONTRATOS DE CREDITO.....	Pág.25
4-1- El cliente bancario como consumidor.....	Pág.25
4-2- Cláusulas Abusivas. Concepto.....	Pág.27
4-3- El anatocismo como cláusula abusiva.....	Pág.29
4-4- Tutela al usuario.....	Pág.30
4-5- Análisis jurisprudencial.....	Pág.32
4-6- El Proyecto de Reforma del C. Civil y Comercial y las cláusulas abusivas.....	Pág.34
CAPITULO V: LA EJECUCION JUDICIAL.....	Pág.35
5-1- Determinación de saldos en cuentas corrientes bancarias.....	Pág.35
5-2 Certificado de Saldo deudor.....	Pág.36

5-3- Preparación de la vía ejecutiva.....	Pág.37
5-4- Acciones y Defensas oponibles.....	Pág.40
CAPITULO VI: TUTELA AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO...	Pág.42
6-1-Países Latinoamericanos.....	Pág.42
6-2-España y la Unión Europea.....	Pág.44
6-3-Estados Unidos.....	Pág.46
CONCLUSIONES.....	Pág.47
BIBLIOGRAFIA.....	Pág.50

Introducción

El tema que aborda el presente trabajo tiene gran importancia en el ámbito jurídico y también económico porque fenómenos como la globalización, la bancarización y la incorporación de la informática han generados nuevas y más complejas formas de crédito. El otorgamiento de un crédito automático mediante la tarjeta es uno de los más usuales.

El uso de internet en el mercado bancario, permite diferentes modos de transacciones económicas en línea, desde y hacia cualquier lugar del mundo, a través de la tarjeta de crédito, siendo un medio de pago de gran utilización en la actualidad.

Debido al continuo aumento masivo del consumo y del tráfico comercial, es de esperar que el mercado de tarjetas de crédito siga en constante expansión en los próximos años, donde el “dinero plástico” puede transformarse en el principal medio de pago de pequeñas y medianas transacciones económicas, situación que se refleja en países como Estados Unidos y algunos países europeos.

El contrato de tarjeta de crédito que suscribe el usuario con el banco es un contrato de adhesión. También es un contrato cuyo objeto es un crédito de consumo.

El derecho del consumo y la protección a los consumidores ha adquirido gran trascendencia en todos los ordenamientos jurídicos, de ahí su importancia tanto teórica como práctica de este tema. Nuestra Constitución con la reforma de 1994 incorpora la tutela a los derechos colectivos o derechos de tercera generación en los artículos 41 al 43.

En este trabajo se analiza el contenido de los contratos de tarjetas de crédito por la importancia y habitualidad de su uso, donde el titular de tarjeta generalmente desconocedor de prácticas financieras, suscribe convenios que pueden contener cláusulas abusivas, en especial relacionadas a la forma de financiar su saldo deudor. El problema que se plantea es determinar los supuestos en que se configuran situaciones de prácticas abusivas en el marco de estos contratos y cuáles son los recursos con los que cuentan los usuarios para defenderse de las mismas.

El objetivo principal es analizar en qué supuestos se generan situaciones de prácticas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito suscriptos entre el Banco y los usuarios de los plásticos.

Este trabajo tiene como propósitos comparar las ventajas y desventajas del uso de la tarjeta de crédito, distinguir los tipos de cláusulas abusivas que suelen incluirse en estos

contratos, explicar qué se entiende por anatocismo y las situaciones en que se configura. También se propone individualizar los distintos tipos de interés que deben pagar los usuarios, explicar los conceptos que componen los saldos deudores de las tarjetas de crédito y analizar los procedimientos que utilizan los Bancos para calcular los saldos deudores y su posterior ejecución.

Por último se trata de identificar los recursos administrativos y judiciales que tiene el titular de una tarjeta para reclamar ante las prácticas abusivas, analizar el estado actual de la jurisprudencia y las diferentes posiciones doctrinarias en referencia a los intereses y comisiones bancarias excesivas, para finalmente reconocer las medidas adoptadas en el derecho comparado que protegen a los usuarios de estos comportamientos.

La investigación se orienta especialmente al análisis de la aplicación excesiva de intereses compensatorios y punitivos, como así también de la forma de ejecución de saldos de deuda de tarjeta que surgen de una cuenta corriente. Se pretende analizar que los bancos reclaman deudas que si bien son legales, son ilegítimas pudiendo ser el resultado de comportamientos desleales. Se abre así paso al fenómeno del desahorro, que implica una descapitalización futura y por lo tanto, una pérdida presente para quien usa la tarjeta de crédito como instrumento de financiación de gastos.

La primera parte del trabajo comprende los dos primeros capítulos en los se tratan aspectos generales como el origen de la tarjeta de crédito, las ventajas y desventajas de su uso y además cómo evolucionó históricamente. Se exponen las principales características de la ley que las regula, el contenido del contrato que suscribe el Banco con los usuarios y la responsabilidad estas instituciones.

En la segunda parte, el capítulo tres aborda el tema de los intereses y gastos que componen un saldo de deuda de tarjeta de crédito, los tipos de interés que se aplican, el significado de capitalizar intereses -jurídicamente llamado anatocismo- el análisis de la normativa Civil o Comercial para su cálculo y la evolución jurisprudencial y doctrinaria. El capítulo cuatro se refiere a la aplicación de la ley de defensa al consumidor a estos contratos, la definición de cláusulas abusivas y cuándo el anatocismo puede transformarse en una cláusula abusiva, la tutela al consumidor y la valoración del juez. En el capítulo cinco se analiza el procedimiento de ejecución judicial de los saldos deudores.

La última parte del trabajo, en el capítulo seis, se hace una comparación de la tutela al consumidor con el derecho comparado. Finalmente las conclusiones, corolario de lo

investigado, procuran brindar una opinión de cómo identificar situaciones generadoras de conductas abusivas, la necesidad de un tratamiento específico y de cooperación entre los diferentes poderes estatales a efectos de coordinar los mecanismos institucionales que protejan a los usuarios financieros de prácticas desleales.

El instituto de tarjeta de crédito tiene una reglamentación específica en nuestro país desde 1999, con la sanción de la ley 25.065. El estudio abarca el periodo temporal comprendido entre la sanción de la ley hasta la fecha.

La metodología que se usa en esta investigación es cualitativa, dónde se efectúa un estudio descriptivo del fenómeno planteado. La conclusión a la que se arriba desde este punto de vista obtiene un resultado flexible, contextual y fundamentado en datos empíricos de cómo es el accionar de las Entidades Financieras ante determinados supuestos.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

1-1- Reseña Histórica

El hombre desde sus orígenes ha utilizado formas rudimentarias de crédito. Los diferentes pueblos fueron perfeccionando estas manifestaciones, desde los fenicios en la Antigüedad con el trueque, hasta la aparición en la Edad Media de las primeras expresiones de Bancos. La utilización del oro como reserva de valor y la aplicación intereses moratorios- entre otros- son conceptos ya utilizados en los negocios mercantiles que tenían fuerza de ley entre los mercaderes venecianos del Siglo XV.

Las formas crediticias se volvieron cada vez más complejas, de la misma manera que evolucionaron las sociedades. La Revolución Industrial con la aparición de nuevos actores sociales- los estados modernos y la burguesía urbana- condujo a la creación de los Bancos Centrales reguladores de la moneda y del crédito. Estos factores contribuyeron a la aparición de otros instrumentos financieros, entre ellos la tarjeta de crédito.

Los primeros antecedentes de las tarjetas como se conocen hoy, se remontan a la primera década del Siglo XX en Estados Unidos. La Petroleum Corporation de California emite una tarjeta destinada a sus empleados y clientes seleccionados, para la compra de gasolina.

Otra empresa pionera es Western Union quien entregaba a sus clientes una pequeña placa de metal identificatoria que les permitía una atención más rápida y además podían diferir el pago.

Franklin D. Roosevelt es quien le imprime una nueva dinámica a la economía lanzando nuevas tarjetas emitidas por compañías aéreas y ferrocarriles, como instrumento de promoción del consumo.

A pesar del crecimiento económico, la tarjeta en este periodo todavía es un instrumento usado por la clase alta americana, no teniendo acceso los sectores más populares. El antecedente más notorio en esta época es el sistema implementado por la American Telephone & Telegraph con la emisión de la Tarjeta de Crédito Bell.

El desarrollo y la expansión crediticia se ven seriamente afectados durante la Segunda Guerra Mundial. La paralización del consumo- los gastos gubernamentales destinados a financiar la industria armamentista- originaron una recesión económica en todo el mundo occidental, volviendo a las formas más rudimentarias de comercialización.

La segunda etapa de la tarjeta coincide con la revolución del crédito a partir de 1946, con una economía en crecimiento en Estados Unidos. El Flatbush Bank de New York introdujo un plan que consistió en la emisión de vales para que sus clientes pudiesen comprar en comercios afiliados al sistema.

La primera manifestación de este instituto tal como se lo conoce hoy, como contrato bilateral, es en los años cincuenta con la aparición de la tarjeta emitida por DINERS CLUB. Durante este período la tarjeta era un instrumento para financiar gastos y entretenimientos- manifestación del estilo de vida americano- que imperó en este tiempo.

En los años sesenta, con la economía americana en continua expansión, los Bancos deciden ingresar al mercado de tarjetas de crédito financiando todo tipo de consumo, emitiendo plásticos orientados a los sectores de clase media y trabajadores. Así nace en 1966 la tarjeta VISA emitida para los clientes del Bank of América.

Durante los años siguientes este mercado continuó en franco crecimiento, siendo no sólo los Bancos emisores de las mismas sino las grandes cadenas de supermercados, tiendas etc.

Tal fue el desarrollo de este instrumento que el Congreso de Estados Unidos debió en regular a nivel federal este instituto.

En nuestro país el uso de tarjeta tiene sus primeras manifestaciones durante los años setenta, la primera empresa fue DINERS, pero inmediatamente ingresaron las tarjetas VISA, MASTERCARD, AMERICAN EXPRESS.

Argentina junto a Brasil fueron los pioneros en América Latina en la utilización de la tarjeta como medio de consumo masivo, muchos años después recién a mediados de los ochenta comienza la utilización en países como Perú, Chile y Colombia.

El incremento del flujo comercial, junto a un aumento masivo del consumo mediante diferentes mecanismos incentivos, ha duplicado su uso en los últimos años. Por otro lado es de esperar que el crecimiento del mercado de tarjetas continúe en los próximos años, donde el “dinero plástico” se transformará en el principal medio de pago de pequeñas y medianas transacciones económicas, situación que ya se refleja en países como Estados Unidos y algunos países europeos.

1-2 La tarjeta como instrumento de financiamiento. Ventajas y Desventajas

La expansión del tráfico mercantil producida desde la segunda mitad del siglo XX, originada por la globalización junto al desarrollo de nuevas tecnologías y el fenómeno de “bancarización” ha dado origen a nuevas formas de crédito y entre ellas, la más usada: la tarjeta de crédito.

“La bancarización se refiere al establecimiento de relaciones estables y amplias entre las instituciones financieras y sus usuarios, respecto de un conjunto de servicios financieros disponibles” (Morales y Yáñez, 2006, s.d.). Durante los primeros diez años del siglo XXI, en los países de América Latina, la intermediación bancaria se incrementó en más de un cincuenta por ciento, en relación a países integrantes de la Unión Europea o Estados Unidos.

La actividad bancaria y financiera se caracterizó en la última década por presentar una permanente evolución de sus productos y operaciones a los efectos de satisfacer las crecientes demandas de la sociedad.

Cada vez hay una mayor complejidad de los productos financieros y de los mercados de capitales. La globalización y la innovación financiera, los avances tecnológicos, los nuevos canales de distribución electrónica y la integración de los mercados han aumentado los servicios y productos financieros que se ofrecen.

Durante el 2012, se produjo un fenómeno que transformará a la tarjeta de crédito en el primer medio de pago de gastos de consumo. El Gobierno Chino otorgó la aprobación a la empresa estadounidense Citigroup, para emitir su propia tarjeta de crédito en China. El país más poblado del mundo, con mil millones de consumidores -que ha transformado su economía en una economía de mercado- comenzará a aceptar tarjetas internacionales en sus comercios locales, junto con el desembarco de bancos chinos en las principales capitales financieras del mundo, se estima que generará en los próximos diez años la emisión de más de novecientos millones de plásticos.

Actualmente el uso del dinero billete como medio de pago está siendo reemplazado por la tarjeta de crédito porque puede diferirse el pago, pagarse en cuotas, y por razones de seguridad.

En términos económicos la utilización de la tarjeta de crédito en épocas de alta inflación resulta muy ventajosa si se abona el saldo total adeudado mensualmente debido a que la tasa de financiación suele ser menor a la tasa de inflación.

Un claro ejemplo de lo expresado anteriormente es el uso de la misma para solventar consumos en el exterior del país. Los gastos efectuados fuera de la República son convertidos a pesos argentinos de acuerdo a la cotización del dólar oficial informado por el Banco Central de la República Argentina, al día en que se efectuó el consumo. Si se tiene en cuenta que la inflación anual para el 2012 alcanzó el 25%, y el dólar sólo subió un 5% -sumado a la restricción impuesta para la compra de divisa extranjera- indica que el financiamiento a corto plazo a través de este instrumento fue el que generó mayor rentabilidad.

Según datos del B.C.R.A a octubre del 2012, el gasto interanual con tarjeta, de argentinos en el exterior fue de \$ 7.400.000, monto superado si se compara con años anteriores y con una tendencia alcista para el año próximo.

Por otra parte deben considerarse las desventajas de esta práctica. En la época actual es frecuente la problemática que asumen los beneficiarios de productos financieros otorgados por los Bancos al enfrentar onerosos pagos relacionados a intereses de financiación además de otros intereses y gastos por débitos en cuenta corriente, quedando los usuarios indefensos ante los reclamos de estas entidades.

Otro aspecto a considerar es que los saldos mensuales a abonar –si el titular posee una cuenta corriente- se debitan en forma automática y si el cuentacorrentista no posee fondos suficientes, el importe adeudado se cancela a través de un adelanto que realiza el Banco, lo que en la práctica bancaria se denomina giro en descubierto.

Los saldos deudores de las cuentas corrientes bancarias originados por este concepto son ejecutados por la vía directa y no por el procedimiento de ejecución previsto en la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito, cuyos intereses son considerablemente mayores en el primer procedimiento.

Por los motivos antes expuestos se considera que la protección a los usuarios del sistema bancario es fundamental para darles confianza en el mercado financiero y así favorecer la estabilidad del mismo. La incorporación permanente al sector- a través del uso de tarjetas- de diferentes segmentos de la sociedad con escaso conocimiento financiero y considerando la diversidad de gastos, comisiones e intereses que cobran los Bancos, genera para el consumidor altos costos que son difíciles de solventar.

1-3 Tarjeta de Crédito: Concepto y funciones.

En nuestro país, al igual que Europa y Estados Unidos, en principio no hubo una legislación específica en esta materia, solo algunas resoluciones del B.C.R.A y de la Secretaría de Comercio Interior. Recién en 1999 con la sanción de la ley 25.065 se reglamenta este instituto.

El artículo 4 de la ley la define: “Se denomina genéricamente Tarjeta de Crédito al instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor”.

La tarjeta propiamente dicha es el elemento que identifica y habilita la operatoria a favor del titular usuario de la misma y que acredita su carácter (Raponi, 2004). Constituye el instrumento del contrato, un elemento meramente probatorio. El plástico identificatorio del titular acredita ante el proveedor la calidad de adherente al sistema del contrato de tarjeta de crédito.

La tarjeta de crédito es un instrumento de valor económico, jurídico y simbólico que representa la formalización de distintas operaciones de contenido económico vinculadas fáctica y jurídicamente.

La ley en su artículo 5 reglamenta los datos personales que debe tener el plástico:

- Nombre y Apellido del titular
- Número de tarjeta o inscripción
- Fecha de emisión
- Fecha de vencimiento
- Medios tecnológicos que aseguren su inviolabilidad
- Identificación del Emisor y de la Entidad Bancaria.

Según Mariño López (2009) la tarjeta de crédito es un documento que permite a su titular efectuar pagos de obligaciones dinerarias ante un conjunto de proveedores, quienes en forma previa, se han obligado frente a la entidad emisora a aceptarla.

Desde el punto de vista económico la tarjeta la tarjeta constituye un instrumento de crédito automático porque el titular puede hacer uso de ella endeudándose hasta el límite de crédito aprobado por el Banco emisor.

También es un instrumento de pago para el tenedor de la misma. Jurídicamente es un medio de pago porque la persona que paga realiza con ella una transacción económica. Según

lo normado en los artículos 724 y 740 del Código Civil, paga quien cumple con la prestación que es objeto de la obligación.

Por último es un instrumento de garantía porque disminuye el riesgo de morosidad e incobrabilidad para el comerciante porque solamente vende hasta el límite permitido, dejando el análisis de solvencia del cliente al Banco.

Desde el punto de vista jurídico, constituye un negocio jurídico complejo y sistematizado, la misma ley 25.065 define en su artículo primero como un sistema de tarjetas de crédito que está constituido por varios contratos individuales.

Tomando el concepto de Muguillo (2003) es un negocio jurídico complejo de contenido lucrativo cuya función primordial es fomentar la adquisición de bienes o prestación de servicios a créditos, mediante el cual el banco o institución emisora percibe un porcentaje sobre el monto facturado por el proveedor adherido y un canon periódico del usuario asociado, además del interés pertinente por la financiación del consumo- en su caso-.

Existe una multiplicidad de vínculos contractuales entre el Banco emisor y usuario, proveedor y Banco, Entidad titular y Banco etc. La definición de tarjeta como sistema es meramente descriptiva debido a la cambiante realidad económica y la aparición constante de nuevas formas y técnicas mercantiles de crédito a las que no pueden aplicarse conceptos jurídicos predeterminados e inmutables originarios en el derecho romano o hispánico. (Villegas, 2005).

CAPITULO II: EL CONTRATO ENTRE EL BANCO Y EL CLIENTE

2-1- Concepto, caracteres, instrumentación.

El sistema de tarjeta de Crédito, tal como lo define la ley, incluye una serie de contratos entre los distintos actores del sistema. En este capítulo se analizará el vínculo jurídico existente entre el Banco Emisor y el usuario o titular.

Según expresan Trigo Represas y López Mesa (2005, p.395) el contrato de emisión de tarjeta de crédito es aquél celebrado entre un usuario (futuro adquirente de bienes y servicios) y una entidad emisora, en virtud del cual se posibilita al primero la adquisición de bienes y/o servicios que ofrecen establecimientos adheridos al sistema.

Las partes en esta relación contractual son: por un lado el banco o la entidad comercial emisora de la tarjeta y por otro lado el usuario. En la actualidad hay cada vez mayor emisión de tarjetas corporativas, en éstas el titular es una empresa- persona jurídica- y hay varios autorizados- personas físicas- que son los empleados de la misma.

La ley define en su artículo 2:

a) Emisor: a la entidad financiera, comercial o bancaria que emita tarjetas de crédito o que haga efectivo el pago.

b) Titular: aquel que está habilitado para el uso de la tarjeta y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por él mismo.

c) Usuario, titular, adicional o beneficiario de extensiones: aquel que está autorizado por el titular para realizar operaciones con tarjetas de crédito, a quien el emisor le entrega un instrumento de idénticas características que al titular.

En cuanto a la causa del contrato según lo expresa Villegas (2005) la causa de todos los contratos bancarios es la operación que el contrato refleja, en definitiva la operación que subyace al contrato. En este caso es un contrato de crédito.

El objeto del contrato es el servicio de crédito que brinda el ente emisor y por el cual el titular se compromete a devolver en un plazo determinado, más los intereses por el crédito utilizado. El tiempo de concesión es mensual con efectos rotativos. Vencido el mes el usuario o acreditado paga al banco, se cierra el crédito y en forma instantánea se abre otro en idénticas

condiciones que el anterior. El ciclo se cierra con los pagos que realiza el banco acreditante y emisor de la tarjeta a los terceros (comerciantes-vendedores de bienes y locadores de servicios adheridos al sistema), con quienes contrata el cliente o usuario titular. La utilización del crédito también podrá consistir- si así se hubiera pactado- en entregas de dinero o adelantos al propio cliente.

Si se analiza su naturaleza jurídica, la mayoría de la doctrina sostiene que es un contrato de apertura de crédito. La diferencia fundamental con el mutuo comercial es que en este último el Banco le transfiere la propiedad de los fondos al cliente, en el crédito por tarjeta la entidad se compromete a mantener cierta disponibilidad de fondos hasta un límite determinado.

Los caracteres del contrato son: nominado y típico desde su regulación a través de la ley 25.065:

- Bilateral: genera obligaciones para las partes que se obligan recíprocamente.
- Conmutativo: cada parte tiene prestaciones ciertas que efectuar.
- Mercantil y oneroso: la empresa emisora es una sociedad comercial que realiza operaciones bancarias o de crédito y éstos son actos de comercio con un fin de lucro.
- Consensual: el contrato se perfecciona con el consentimiento manifestado por ambas partes. La entrega de la tarjeta es en si misma es parte de la obligación contractual.
- Intuitu personae: la persona del titular es especialmente analizada al otorgar el crédito, su capacidad de pago y riesgo de insolvencia. Por ello la tarjeta es personal e intransferible.
- Contrato de duración: según la empresa emisora o el Banco otorgante, estos contratos tienen una duración de dos a cinco años, con prórroga automática.
- Contrato de adhesión: la apertura del crédito se inicia con la firma del contrato que está escrito en un formulario elaborado por el Banco, conteniendo los derechos y obligaciones de las partes, en donde el titular no tiene facultad de discutir las cláusulas que le son impuestas.
- Contrato de consumo: También es un contrato cuyo objeto es un crédito de consumo. Farinati (2009) se refiere al crédito de consumo como todo aquel que permite al consumidor obtener los bienes y servicios destinados a sus bienes personales o familiares, cualquiera sea la técnica jurídica utilizada para tal crédito.

2-2- Contenido del Contrato de emisión de tarjeta entre el usuario y el Banco.

Las operaciones con tarjetas de crédito están sujetas a dos regímenes normativos. Por un lado la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito y por otro la ley 24.240 de Defensa al Consumidor.

Ambas leyes son de orden público, significando que sus cláusulas no pueden ser dejadas de lado por las partes en sus contratos, bajo pena de nulidad. La primera lo norma en su artículo 57 y la segunda en su artículo 65.

Los requisitos mínimos del contrato están establecidos en el artículo 6. Los mismos no son taxativos, debiendo al menos contener los siguientes requisitos bajo pena de nulidad:

- a. Plazo de vigencia especificando comienzo y cese de la relación
- b. Plazo de pago de las obligaciones por parte del titular
- c. Monto mínimo a pagar de acuerdo a las operaciones efectuadas
- d. Monto máximo de compra o locaciones o retiros de dinero mensual
- e. Tasa de intereses compensatorios
- f. Tasa de intereses punitivos
- g. Fecha de cierre contable de operaciones
- h. Tipo y monto de gastos administrativos o de permanencia en el sistema
- i. Procedimiento y responsabilidad en caso de pérdida o sustracción de la tarjeta
- j. Importe o tasa por seguros de vida
- k. Firma del titular y de la empresa emisora
- l. Comisiones fijas y variables por retiro de dinero
- m. Consecuencia de la mora
- n. Declaración de los cargos adeudados por el uso de tarjeta que deben ser abonados a la recepción del resumen
- o. Causales de suspensión, resolución o anulación del contrato

El contrato siempre incluye diferentes disposiciones relacionadas al buen funcionamiento de la relación banco-emisor y titular-usuario, haciendo especial hincapié en los deberes de colaboración del usuario, como la intransferibilidad de la tarjeta, la obligación de comunicar cualquier situación que afecte al crédito, hacer buen uso de la tarjeta etc.

En el supuesto de no recibir los resúmenes de tarjeta de crédito en un plazo razonable, el usuario tiene la carga contractual de concurrir al domicilio del Banco emisor a requerir su

entrega. (CApel. Civ. y Com. Tucumán, Sala I, de fecha 9/09/2003 en “Banco Mayo Coop. Ldo. c/Varela, T”)¹.

El contrato tiene aspectos característicos que merecen ser analizados:

Límite de compra u operaciones mensuales: es el Banco emisor quien fija el límite de crédito que tiene el usuario y constituye un requisito esencial del sistema de liquidaciones y pagos mensuales. El proveedor debe tomar todos los recaudos necesarios para verificar la existencia de crédito disponible. En caso de exceso de consumo, Muguillo (2003) entiende que si se considera al “límite” un parámetro de protección del interés general, queda abierta la acción del Banco contra el proveedor por omisión de verificar el crédito disponible.

Otro aspecto importante es el régimen de nulidades del contrato. Los artículos 13 y 14 establecen en forma no taxativa aquellas cláusulas contenidas en el contrato que son consideradas nulas, como por ejemplo: aquellas que importe la renuncia a cualquier derecho otorgado por la ley; las que faculden al emisor modificar unilateral del contrato; las que impongan un monto fijo por atraso en el pago del resumen; las que imponen costos por no informar la validez de la tarjeta originada por pérdida o sustracción; etc.

En consecuencia es nula toda cláusula contenida en el contrato en la cual el Banco puede modificar los límites de compra y crédito durante la vigencia del contrato.

En tal sentido ratifica la jurisprudencia citada por Muguillo (2003) de la CN Com., Sala A, del 13/07/01, publicada en DJ, 2001-3-546 y LL, 2001-F-681, en que el Banco es responsable por daño material y moral ocasionado al usuario por el rechazo de autorización para efectuar consumos, limitándole la posibilidad de acceso al crédito. El monto del crédito debe mantenerse en tanto no exista razón suficiente y previamente informada al usuario, que permita su corte o reducción, como por ejemplo la mora en el pago de los resúmenes.

Los tribunales consideraron nula la cláusula que cobra un cargo por diferir el pago, aunque dicho cargo fue informado con treinta días de anticipación en el resumen. Esta cláusula implica una modificación unilateral del contrato. (CN Com., Sala E, “Dirección Gral.

¹CApel. Civ. y Com. Tucumán, Sala I, “Banco Mayo Coop. Ldo. c/Varela, T”, ABELEDO PERROT N° 1/5514880

Defensa a los Consumidores Gob. Ciudad de Bs.As. c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.” 10/05/2005)².

Otra característica de este contrato es la dispuesta en el artículo 10 que prescribe la prórroga automática. Esta prórroga tiene carácter facultativo. Una de las cláusulas impuestas por los Bancos es la renovación automática, pero el usuario puede dejarla sin efecto treinta días antes del vencimiento del contrato. Por otra parte es obligación del emisor notificar al usuario en los tres resúmenes anteriores al vencimiento del contrato.

En cuanto a las causales de resolución o conclusión contractual, las mismas están previstas en el artículo 11 y operan cuando:

- No se produce la recepción de las tarjetas de crédito renovadas por parte del titular
- El titular comunica en cualquier momento por medio fehaciente su voluntad de resolver.

El contrato suele incluir entre las causales de rescisión, cláusulas como incumplimientos del titular de alguna de las obligaciones prevista en el contrato, o falsedad de datos, presentación en concurso o quiebra del titular, inhabilitación o embargo de la cuenta corriente o disminución de la calificación crediticia.

El Banco podría rescindir unilateralmente en caso de mora o incumplimiento en los pagos en virtud de lo normado en el artículo 1204 del Código Civil aunque la jurisprudencia en tal sentido en el fallo “Wilson Guillermo c/ American Express Argentina S.A.”, de la CN Com., Sala F³, determinó que la existencia de atraso en el pago de resúmenes resulta insuficiente para decidir en forma unilateral e intempestiva la suspensión de servicios abonados por débito automático, generando responsabilidad al Banco por los perjuicios causados al usuario.

Por tratarse de un contrato de adhesión, se deben respetar las formas establecidas por la ley de Defensa al Consumidor para estos convenios, como cantidad de ejemplares,

²CNCom., Sala E, “Dirección Gral. Defensa a los Consumidores Gob. Ciudad de Bs.As. c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.” SJA 15/06/2005 JA 2005-II-302

³CNCom., Sala F, “Wilson Guillermo c/ American Express Argentina S.A.”, AP/JUR/650/2011

tipografía, idioma etc. Además deberán previamente someterse a la autorización y aprobación de la Secretaría de Comercio Interior.

2-3- Responsabilidad de los Bancos

Todo contrato genera responsabilidad para las partes intervinientes. El artículo 46 expresa que son nulas todas las cláusulas que exoneren de responsabilidad a cualquiera de las partes que intervienen en la relación contractual en forma directa o indirecta. La nulidad de la exoneración o limitación de responsabilidad pactada a favor del Banco o empresa titular de la marca también está reglamentada en el artículo 37 de la ley de Defensa al Consumidor.

La responsabilidad de la empresa proveedora de la marca y la entidad emisora es solidaria frente al daño causado al consumidor por la deficiencia en la prestación del servicio. El banco emisor y la entidad administradora del sistema son solidariamente responsables por los daños y perjuicios padecidos por el usuario como consecuencia de la imposibilidad de usar la tarjeta de crédito en el exterior. (Fallo de fecha 01/06/2012 “Duronto Guillermo c/ VISA Argentina S.A y otro” de la CNCom., Sala C)⁴.

Según lo prescribe el artículo 43 las entidades financieras no tienen responsabilidad por las controversias originadas entre el titular y el comerciante proveedor del bien comprado o servicio prestado, derivadas de la ejecución de la relación jurídica existente entre ellos.

Este principio tiene una excepción, es cuando el emisor promoviere los productos o servicios que ofrece el comerciante, garantizando la calidad del producto o prestación del servicio. Esta práctica es usual en la asociación de una entidad bancaria y las empresas de turismo para la promoción de paquetes turísticos, o con comercios destinados la venta de electrodomésticos. En estas situaciones la responsabilidad es solidaria por los incumplimientos contractuales del comerciante.

También es responsable por rescisión unilateral en forma incausada cuando hubiera calificado al deudor de moroso o incobable no correspondiendo tal calificación. Así lo determinó la jurisprudencia en la causa “Brebbia, Roberto c/ Banco Bansud S.A”, CApel. Civ.

⁴CNCom., Sala C, “Duronto Guillermo c/ VISA Argentina S.A y otro”, AP/JUR/2176/2012

y Com. Rosario, Sala I,⁵ del 01/03/2005 por lo que si una entidad bancaria por acción u omisión estigmatiza al usuario a una categorización pública y grave de deudor moroso, el hecho naturalmente excede la mera incertidumbre del incumplimiento contractual de una entidad financiera, para convertirse en una afrenta a los pilares anímicos de la existencia humana.

Otro tópico a considerar es la liberación de responsabilidad del usuario cuando éste hubiere abonado los resúmenes al Banco, pero la entidad incumpliere en los pagos al proveedor. En este caso el proveedor deberá accionar contra la entidad no pudiendo reclamar pago alguno al usuario. Si el incumplimiento fuera del proveedor con el titular, el Banco tiene derecho a resolver el contrato con el proveedor adherido al sistema.

Villegas (2004) describe una serie de conductas que generan responsabilidad para los Bancos entre ellas: no envío del resumen en forma; inclusión indebida en boletines o bases de datos de morosos; envío de tarjetas sin solicitud previa; violación del deber de confidencialidad; cargos incluidos en las tarjetas después que fueron denunciadas como perdida o robada, etc.

Según lo expresan Trigo Represas y López Mesa (2005) la obligación del Banco emisor y de la empresa organizadora-titular de la marca- es de resultado, por lo que cualquier falla que perjudique al usuario genera responsabilidad solidaria, salvo que exista caso fortuito.

Como corolario puede expresarse que estos contratos están normados por dos leyes de orden público, rigiendo el principio del *favor debilis* que favorece a la parte más débil, por lo tanto el Banco será responsable por toda acción u omisión que cause perjuicio al usuario.

⁵CApel.Civ. y Com. Rosario, Sala I, “Brebba, Roberto c/ Banco Bansud S.A”, ABELEDO PERROT N° 1/70021297-2

CAPITULO III: COMPUTO DE INTERESES Y GASTOS

3-1- Tipo de Interés y gastos incluidos en las tarjetas de crédito

El fruto civil del capital es el interés. El *interés compensatorio o financiero* es la recompensa o compensación que recibe el acreedor por haber prestado dinero al deudor, o por la imposibilidad de hacer uso de ese capital por un tiempo determinado.

La ley de Tarjetas de Crédito en su artículo 16 acota su aplicación, estableciendo que la tasa que el emisor cobre al titular no puede superar al 25 % a la tasa que el emisor aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes.

Intereses Punitorios: El interés punitivo o moratorio es aquella indemnización que percibe el acreedor debido a que el deudor no pagó la obligación pactada en el tiempo y forma previstos.

El artículo 18 establece que el interés punitivo que el emisor aplique al titular no puede superar en más de un 50% a la tasa efectivamente aplicada por la institución financiera en concepto de interés compensatorio.

El artículo 20 prevé la forma en que se computan los intereses, cuáles son los plazos y métodos que se utilizan, con el objetivo de unificar el cálculo para todas las tarjetas en el mercado argentino.

Una consideración a efectuar es la aplicación de diferentes gastos discriminados como seguros de vida, gastos administrativos, gastos de envío de resumen etc. El concepto que hay que verificar y es el que en definitiva terminará pagando el usuario es el Costo Financiero Total que incluye todas las tasas de interés cobradas más gastos y comisiones.

Al B.C.R.A. le compete verificar la correcta aplicación del nivel de las tasas de interés compensatorio y punitivo por la financiación de operaciones con tarjetas. El emisor tiene la obligación de exhibir al público las tasas de financiación por este sistema en todos sus locales y el deber de informar las ofertas en materia financiera a la Secretaría de Comercio Interior.

A través de la Comunicación “A” 5323, la Entidad Reguladora ha normado un régimen sancionatorio correspondiente en casos de incumplimiento. El mismo contempla la base sobre la cual se establecen las multas máximas por aplicar. Al respecto, se estableció como “importe de referencia” el monto correspondiente a los intereses liquidados, ajustados por un coeficiente-según la naturaleza de la infracción- con el fin de que el monto de la

sanción sea proporcional a la naturaleza de la falta cometida. A la vez, se definió que los mencionados importes de referencia podrán ser incrementados en hasta 20 (veinte) veces en función de la gravedad de las faltas, la reincidencia y la reiteración de irregularidades.

El régimen sancionatorio también alcanza a los incumplimientos del deber de exhibir al público las tasas por financiaciones de operaciones con tarjetas de crédito y de informar a la Secretaría de Comercio Interior las ofertas de las entidades emisoras, dado que constituyen transgresiones que perjudican el buen funcionamiento del sistema y deterioran el eficiente funcionamiento del mercado de crédito.

3-2-Capitalización de intereses y anatocismo. Derecho Civil y Comercial

Desde un punto de vista financiero capitalizar intereses significa sumar o adicionar a un capital inicial de un período o unidad de tiempo (semestral, mensual, anual etc.) la suma de dinero que en intereses se generó en el mismo, de tal forma que pasará a formar el capital inicial para el período siguiente. Esta práctica usada en todas las contrataciones mercantiles es conocida como interés compuesto.

Desde el punto de vista jurídico esta capitalización se denomina anatocismo, palabra que deriva del griego que significa aná: reiteración y tokimós: acción de dar a interés.

Pizarros y Vallespinos (1999 p. 430) definen al anatocismo “como la capitalización de intereses que se acumulan al capital, constituyendo una unidad productiva de nuevos intereses”.

El derecho común sólo autoriza la capitalización de intereses cuando los mismos fueron expresamente pactados, así lo prescribe el artículo 623: no se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa, que autorice su acumulación al capital, con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.

En materia comercial la situación es diferente, la capitalización de intereses es ampliamente aceptada, los artículos del Código de Comercio que rigen los intereses son:

Artículo 565: mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que estos han de ascender, o del tiempo en que han de empezar a correr, se presume que las partes

se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos. Siempre que en la ley o en la convención se habla de intereses de plaza o corrientes, se entiende los que cobra el Banco Nación.

Artículo 788: las partes podrán capitalizar los intereses en períodos que no bajen de 3 (tres) meses, determinar la época de los balances parciales, la tasa del interés y la comisión, y acordar todas las demás cláusulas accesorias que no sean prohibidas por la ley.

Art. 795. En la cuenta corriente bancaria los intereses se capitalizarán por trimestre, salvo estipulación expresa en contrario.

Según el fallo ya mencionado en el Capítulo II de la CApel. Civ. y Com., Tucumán, Sala I, “Banco Mayo Coop. Ldo. c/ Varela, Telma”⁶, el artículo 565 del Código de Comercio resulta aplicable a todos los contratos y actos de comercio entre los que deben incluirse los contratos de tarjeta de crédito.

Por lo que en caso de duda en la aplicación de intereses a las tarjetas de crédito deberá remitirse a lo estipulado por el Banco Nación.

De la interpretación del artículo 795 surge que las partes pueden pactar capitalización de intereses por periodos diferentes al trimestral- siendo mensual en los usos y costumbres mercantiles- y en caso de no pactarse la capitalización será trimestral.

La capitalización trimestral en materia comercial opera de pleno derecho, siendo un régimen de excepción del previsto por el artículo 623 del Código Civil.

Es necesario revertir los usos y costumbres bancarios y así se ha pronunciado la jurisprudencia de la CNCom., Sala A, del 22/10/2010 “Banco Itaú Argentina S.A. c/ Marangone Juan s/Ejecutivo”⁷. En este fallo el tribunal interpreta que los plazos de capitalización diferentes al trimestral pueden ser mayores pero nunca menores. Sostiene que corresponde estimar que cuando una disposición legal es susceptible de dos interpretaciones, que conducen a soluciones opuestas, una justa y equitativa; y la otra injusta y reñida con la inequidad, el intérprete debe inclinarse por la primera. Por ello corresponde otorgarle al artículo 795 una interpretación contraria a la sostenida, resultando improcedente un convenio que estipule la capitalización mensual.

⁶CApel. Civ. y Com., Tucumán, Sala I, “Banco Mayo Coop. Ldo. c/ Varela, Telma”, ABELEDO PERROT N° 1/5514880

⁷CNCom., Sala A, Banco Itaú Argentina S.A. c/ Marangone Juan s/Ejecutivo” ED Digital (61011) [2011].

En la multiplicidad de contratos mercantiles por ejemplo leasing, cesión de créditos, underwriting, factoring, etc, la capitalización de intereses es la regla. Estos negocios jurídicos generan beneficios para ambas partes y los contratantes generalmente son personas jurídicas.

La problemática se plantea con los contratos de tarjetas de crédito en el que el titular no es un especialista financiero, desconocedor de las prácticas mercantiles, que financia sus consumos con tarjeta. Cuando el usuario no abona el total del resumen mensual a su vencimiento, este saldo genera intereses que se suman a los consumos del próximo período y así sucesivamente hasta transformarse en una obligación excesivamente onerosa.

A pesar de que la capitalización está expresamente prohibida por la ley 25.065, los Bancos usan como método de cálculo el interés compuesto.

La admisión del anatocismo por vía convencional no debe entenderse como una autorización lisa y llana de cualquier pacto, pues siempre está vigente la limitación que emerge del precepto válvula del art. 953 en cuanto impone la nulidad de los actos que contraríen la moral y las buenas costumbres. Por ende si de la aplicación de tal mecanismo de capitalización de intereses devienen resultados que trasgreden dicho límite serán aplicables los remedios judiciales frente al interés excesivo. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 435)

Según Muguillo (2003) resulta imperante limitar la conducta de las Entidades Bancarias donde cualquier usuario de tarjetas puede defenderse contra la aplicación de estos intereses confiscatorios por aplicación supletoria –vía art. 3 de la ley 25.065; artículos 953 y 954 del Código Civil y desde una perspectiva más amplia el art. 1071 del C. Civil.

3-3- Análisis financiero del Anatocismo

A efectos de analizar el anatocismo, se han tomado las tasas de interés informadas por el B.C.R.A. en las Circulares para operaciones activas de crédito (OPRAC-1) que se publican mensualmente y que son de consulta pública a través de la página de internet de la Institución. Se han extraído las tasas aplicadas por bancos privados, y según surge de la normativa de referencia, la tasa efectiva mensual para interés compensatorio para el mes de diciembre del 2012, que se aplica para los segmentos de renta media en una tarjeta internacional es de 3.55%. La tasa para interés punitorio es de 5.325%.

Si los valores de tasas mensuales informadas se consideran anualmente, resultará que la tasa anual para interés compensatorio que los bancos privados aplicaron para el período enero-

diciembre del 2012 fue del 42.6%, (tasa mensual multiplicada por los doce meses) y para interés punitorio fue del 63.90%.

El usuario de la tarjeta no puede calcular los intereses que le son aplicables mensualmente y que no están discriminados en el resumen. El Banco cumple con el deber de información de exhibir y publicar las tasas, lo que no explica es el método de cálculo de los intereses.

Tal nivel de complejidad es aprovechada por el profesional porque el usuario no hace uso de su derecho de cuestionar o impugnar el resumen dentro de los treinta días, pasado este plazo, la deuda se da por consentida.

Si el titular de una tarjeta ha efectuado pagos mínimos establecidos en el resumen de cuenta, no corresponde aplicar intereses punitivos según prescribe el artículo 21 y el 23 inc. ñ. Según las prácticas bancarias las Entidades siempre capitalizan todo tipo de interés- utilizando sus métodos de cálculo-, por lo que resulta imposible para el titular determinar la legitimidad de dicha deuda.

Otra problemática de gran relevancia para titulares de tarjetas que efectúen consumos en el exterior es la aplicación de la normativa impuesta por la AFIP durante el 2012.

Mediante la Resolución de AFIP 3378/12, a partir de octubre del 2012, los residentes argentinos que efectúen gastos con tarjeta en el exterior deberán pagar el 15% en concepto de Anticipo de Impuesto a las Ganancias o Bienes Personales.

El Banco actúa como agente de percepción. Esto significa que la Entidad cobra el impuesto a su cliente cuando éste abona el resumen o se lo debita de su cuenta corriente, e inmediatamente debe efectuar el pago a la AFIP. Es un mero intermediario entre el sujeto imponible y la AFIP.

En el resumen mensual posterior al consumo, el usuario recibe el saldo adeudado compuesto por el consumo propiamente dicho, el impuesto y los intereses.

Lo destacable es que el Banco calculará los intereses sobre el saldo deudor no sólo en concepto de capital sino también sobre el impuesto.

El alto nivel de tasas de interés generará intereses compensatorios y punitivos extremadamente onerosos como consecuencia de la capitalización de los mismos.

3-4-Análisis de Jurisprudencia

Los tribunales argentinos se han expresado en forma disímil en relación al anatocismo. Para algunos magistrados prevalece la autonomía de la voluntad. La tendencia actual es limitar los intereses excesivos que rozan la usura, sobre todo en aquellos contratos de consumo donde no hay autonomía contractual y el usuario sólo presta consentimiento al convenio redactado por el profesional sin posibilidades de discusión.

A continuación se analizan varios fallos en donde los magistrados se han pronunciado en forma diferente.

La C.S.J.N. en referencia al fallo “Banco Comafi S.A. c/ Cardinale Miguel Angel”⁸ respeta la voluntad contractual de las partes sosteniendo que la previsión del artículo 623 de Código Civil no es absoluta, la capitalización de intereses está regulada en diversas figuras jurídicas y las partes en ejercicio de su voluntad negocial pueden pactar aún anticipadamente al hecho determinante del nacimiento de la obligación la capitalización de los intereses devengados con posterioridad al vencimiento.

La misma C.S.J.N. en el fallo “Tazzoli, Jorge Alberto c/ Fibracentro S.A.”⁹ reconoce el anatocismo expresando que la previsión del artículo 623 es de orden público y la capitalización de intereses sólo es admisible de modo restrictivo y en los supuestos expresamente admitidos en la norma legal, so pena de que bajo la aplicación de fórmulas matemáticas abstractas se generen resultados objetivamente injustos, que trascienden los límites de la moral y las buenas costumbres.

La jurisprudencia es dispar en este aspecto, la Cámara Civil y Comercial de Rosario, en pleno, en el Fallo “Banco Bisel c/ Salvi Héctor”¹⁰ no hizo lugar a la convocatoria para unificar la jurisprudencia en materia de intereses. En este fallo el Camarista Rouillón sostiene en su voto:

La cuestión relativa a la tasa de interés se encuentra ligada a circunstancias particulares que varían significativamente en cada caso sujeto a decisión, por lo cual explica la variedad de

⁸C.S.J.N. “Banco Comafi S.A c/ Cardinale Miguel Ángel y otro” Fallo 105:554 (2003)

⁹C.S.J.N. “Tazzoli, Jorge Alberto c/ Fibracentro S.A.” T.469.XL; 28-02-2006; T.329 P.335

¹⁰ CCiv. y Com.,Rosario, en pleno “Banco Bisel c/Salvi, H.” LLLitoral 1997, 673. AR/JUR/2690/1997.

soluciones jurisprudenciales, que más que evidenciar contradicción muestran el ajuste de las diferentes resoluciones de las distintas situaciones fácticas.

En cuanto a la capitalización de intereses en los contratos de tarjetas de crédito la Cámara Octava Civil y Comercial de Córdoba en autos “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Centurión Marco y otro s/abreviado”¹¹, de fecha 06/05/2008 cuya resolución versa sobre la prohibición de capitalización de los intereses compensatorios y punitivos por aplicación de los artículos 18 y 23 de la ley 25.065. En los considerandos explica que el artículo 18, párrafo final, prohíbe la capitalización de intereses punitivos, regla que se complementa con la del art. 23, inc. ñ) que prohíbe la capitalización de los intereses en general, sin distinguir entre compensatorios y punitivos. Más allá de lo dispuesto por el art. 623 del C. Civil sobre el particular, en razón de ser no sólo una ley especial, sino además una ley posterior- que expresamente establece dicha prohibición- independientemente de lo dispuesto por las leyes de fondo. De esta manera, en materia de tarjeta de crédito el Tribunal entendió que está expresamente vedada la capitalización de intereses, tanto para el cálculo de los compensatorios como de los punitivos, siendo la prohibición legal “de orden público”.

El fallo emblemático en materia de intereses y el límite judicial a las tasas bancarias fue el de “AVAN S.A. c/ Banco Tornquist S.A.”¹² de la C.N.Com., Sala A, integrada, de fecha 17/02/04. El banco en cuestión, al otorgar el descubierto, no pactó la tasa de interés, conforme lo exige el art. 796 del C. de Comercio, ni otras condiciones como el límite del importe del descubierto, ni el plazo del reintegro. Tampoco informaba las tasas de interés que mensualmente eran aplicadas para efectuar el correspondiente débito por intereses. Por consiguiente, se solicitaba, que al no haber pacto expreso que contemplara las tasas de interés, deberían reliquidarse a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina.

Uno de los argumentos más interesantes es el esgrimido por la doctora Isabel Miguez que se basó en la Convención Americana de los Derechos Humanos -más conocida como

¹¹ Cám.8ª Civ. y Com., Córdoba “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Centurión Marco y otro s/abreviado”, ABELEDO PERROT N° 0003-70049465-1

¹² CN.Com., Sala A, integrada, “AVAN S.A. c/ Banco Tornquist S.A.”, JA, 2004- IV-338

"Pacto San José de Costa Rica"- en su art. 21 inc. 3 declara que "tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibida por la ley".

Las tasas de interés excesivas generan una ilicitud del objeto de la obligación general que se traduce, bajo la óptica del art. 953 C. Civil en una nulidad absoluta y parcial que no cabe considerar subsanada ni aún por una suerte de consentimiento tácito. La magistrada centró su estudio para determinar si las tasas aplicadas habían resultado desmesuradas exorbitantes o directamente usurarias. Manifestó que el banco no puede tener la potestad de fijar unilateral y discrecionalmente las tasas de interés en forma irrazonable ni de dar conformidad tácita para el cobro de alícuotas en la cuenta corriente que sean desproporcionadas y por ende contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Expresó que el “juez debe corregir los abusos engendrados por el desequilibrio de fuerzas en la negociación del contrato, con base en el plexo normativo integrado por otras fuentes”. Con su argumento reafirmó lo ya expresado en otra sentencia por la doctora Aida Kemelmajer de Carlucci quién sostuvo en el mismo sentido: “Nada contrario al orden público, la moral y las buenas costumbres, puede tener amparo judicial”

Del análisis jurisprudencial realizado, se puede deducir que ya hay una línea tendiente a acotar y poner límites a los excesos cometidos por los Bancos en materia de intereses y comisiones, prevaleciendo el orden público sobre la autonomía de la voluntad.

CAPITULO IV: APLICACION DE LA LEY DE DEFENSA AL CONSUMIDOR A LOS CONTRATOS DE CREDITO

4-1- El cliente bancario como consumidor

El derecho del consumo se encuentra en franca expansión en la actualidad, tanto en nuestro país como en el derecho comparado. La constitución de 1994 norma en sus artículos 41 y 42 los derechos de tercera generación, reglando en el artículo 43 la tutela de los derechos de los consumidores a través de acciones colectivas.

El concepto de consumidor o usuario está definido en el artículo 1 de la ley 24.240, 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. 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.

En términos jurídicos la definición del contratante-consumidor financiero está dada por el destino final del servicio bancario que ha contratado-en caso de la tarjeta de crédito- es para consumo o beneficio privado.

El artículo 3 de la ley 25.065 establece que en las relaciones por operatoria de tarjeta de crédito se aplica en forma supletoria las normas del Código Civil, Código de Comercio y ley de Defensa al Consumidor.

Según lo normado por el BCRA en la Comunicación “A” 2216 a estos tipos de créditos minoristas orientados al consumo se los clasifica como Créditos de Consumo resultando aplicable la ley 24.240.

El problema se plantea cuando la tarjeta está asociada a la apertura de una cuenta corriente bancaria. El cuentacorrentista no es considerado un consumidor para los Bancos. Los argumentos esgrimidos por las entidades financieras es que el capital depositado en la cuenta corriente, pertenece al titular y no al Banco, por lo que las operaciones activas y pasivas que hacen al giro de cuenta no pueden considerarse “operaciones de venta a crédito para el consumo” rigiendo en estos casos la Comunicación “A” 3244 del B.C.R.A. que reglamenta la cuenta corriente bancaria.

Para que sea aplicable el concepto de consumidor al cliente bancario debe existir entre las partes una relación de consumo. Esta relación se plantea entre el profesional y el no profesional, el primero -conocedor del negocio- y el segundo -no profesional-, más débil, sin posibilidad de acordar en las mismas condiciones.

La mayoría de la doctrina considera que los contratos bancarios están alcanzados por la ley 24.240 siempre que el cliente sea consumidor final de una operación de crédito activa o pasiva. En este último caso en razón de que el cliente es destinatario final del servicio que presta el banco (por ejemplo servicio de caja y custodia).

La CNCont- Adm., Federal, Sala IV, en el fallo de fecha 10/02/2000, “Banco Caja de Ahorro S.A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones”¹³ determinó que la ley de Defensa al Consumidor es aplicable a la actividad bancaria en la medida que el acto en cuestión esté destinado a contratar la prestación de un servicio a título oneroso y para el consumo final del cliente. Los jueces argumentan que la ley en cuestión es plenamente aplicable al contrato de cuenta corriente suscripto entre el banco depositario en su calidad de sujeto empresario prestador de un servicio y el depositante como sujeto adquirente.

Por otro lado las entidades financieras, bancarias o comerciales que emitan tarjetas de crédito están sujetas a un doble régimen informativo, el establecido en la ley de tarjetas de crédito y el de defensa al consumidor. Dentro de éste ámbito deben cumplir con la normativa de comunicar a la autoridad de aplicación todo tipo de interés y gastos que cobran a sus clientes.

El artículo 36 de la ley protectora del consumidor reglamenta que 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.

¹³ CNCont.-Adm., Fed., Sala IV, “ Banco Caja de Ahorro S.A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones”, JA-2000-IV-299

- 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.

También están sujetas a un doble poder de policía, el B.C.R.A. como entidad rectora de las operaciones financieras, control de tasas de interés, etc., y la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación de la ley de Defensa al Consumidor.

En tal sentido se expresa Wajntraub (2004) manifestando que la pretendida personificación que hacen los bancos de la relación de consumo por medio del envío de los resúmenes de cuenta y así evitar informar tasas o cambios en los cargos, no es idónea y claramente implica un cambio en las condiciones generales de contratación y violación de los deberes información.

Resumiendo, puede inferirse que cuando en una relación contractual entre un banco y un cliente se manifiesten los elementos que caractericen una relación de consumo como un contrato de adhesión masivo y estandarizado, debilidad jurídica y técnica, etc- deberá aplicarse al cliente la tutela jurídica de las normas protectoras al consumidor.

4-2- Cláusulas Abusivas. Concepto

Las cláusulas abusivas surgen como consecuencia de la contratación en una economía de mercado. Las partes regulan la contratación a través de la oferta y la demanda, pero al no existir un mercado perfecto con una paridad entre las partes, surge la necesidad de una

intervención reguladora a efectos de mantener el orden público. En materia contractual la tutela a tal disparidad por vía de estas regulaciones tiene como finalidad proteger al consumidor de ofertas o cláusulas abusivas por una parte, y asegurar la integridad del consentimiento por otra.

En el marco del derecho del consumo, estas cláusulas abusivas no siempre se presentan como cláusulas claramente perjudiciales para el consumidor y desequilibrantes de la relación negocial. Este aprovechamiento puede encontrarse en la consagración de previsiones contractuales que si bien a primera vista no reportan un aprovechamiento de una parte, encuentran en su difícil y oscura redacción la posibilidad de ser interpretadas de distintas formas incluso en desmedro del consumidor. (Sáenz, 2009).

Se define como cláusula abusiva a aquella que impone la parte contratante que tiene una posición dominante- hacia la otra parte más débil-, generando ventajas en detrimento del más vulnerable y que provoca un marcado desequilibrio de las obligaciones y derechos que surgen del contrato. Estas previsiones contractuales originan un trato inequitativo afectando el principio de buena fe y justicia conmutativa.

“Las cláusulas abusivas son aquellas que sientan inequidad y desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes, generalmente en detrimento del débil jurídico, que en el contrato de consumo son los consumidores o usuarios.” (Corbalán y Pinese, 2009, p. 233).

Las cláusulas abusivas desnaturalizan las obligaciones del usuario, entendiendo la doctrina extranjera y la argentina que la desnaturalización es un apartamiento injustificado del derecho positivo. (Lorenzetti, 1996).

El artículo 37 de la ley 24.240 es la única normativa en el derecho argentino que reglamenta las cláusulas abusivas. Si bien no da un concepto expreso, hace un análisis descriptivo de aquellas convenciones que pueden considerarse abusivas. 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

El elemento caracterizante de la cláusula abusiva es el desequilibrio significativo que se manifiesta como una excesiva onerosidad o vulnerando el principio de reciprocidad de intereses.

La interpretación del contrato siempre debe hacerse 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.

Un ejemplo de ello es lo dictaminado por el TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial en la causa “Banco Hipotecario SA c/Aguirre María C. y otra”¹⁴ donde expresó que la prórroga de competencia alejada del domicilio real del consumidor, es abusiva, por lo tanto nula.

4-3- El anatocismo como cláusula abusiva

De acuerdo a lo demostrado en el capítulo III, la capitalización de intereses genera deudas excesivas y el usuario aún conociendo las tasas aplicables a los distintos tipos de intereses- en estos contratos de adhesión- no tiene posibilidad de pactar las mismas, sino que debe aceptar las impuestas por la entidad.

El consumidor al suscribir el contrato declara conocer las tasas y cargos que deberá soportar durante el transcurso del mismo, lo que no conoce son los mecanismos de cálculo de dichos intereses y cargos aplicables sobre un crédito.

La capitalización de intereses no constituye una cláusula abusiva en si misma, la caracterización de ésta es que se “transforma o deviene en abusiva” durante la ejecución del contrato. Esto sucede porque el profesional es el portador de información y de aptitudes técnicas desconocidas para el consumidor originándose así un vínculo desequilibrante a favor del Banco.

Este desequilibrio significativo se manifiesta en el poder de negociación dominante que tiene el Banco –quien determina las tasas de interés en forma unilateral-, no hay negociación individual porque el consumidor no participa del contenido de la cláusula, la misma se le presenta ya redactada y el usuario de la tarjeta presta el consentimiento sin influir en el contenido.

¹⁴ T.S.J., Sala Civ. y Com., Córdoba, “Banco Hipotecario SA c/Aguirre María C. y otra”, AP/JUR/2119/2012.

El anatocismo no puede considerarse una cláusula abusiva en si misma, constituye en todo caso una práctica abusiva, porque desnaturaliza la obligación, genera un desequilibrio a favor del profesional. Los interrogantes que se plantean son cómo medir ese desequilibrio, o cuál es el límite entre el resarcimiento al acreedor y la usura, excediendo la moral y buenas costumbres.

El anatocismo puede incluirse dentro de lo que se denominan cláusulas sorprendentes. Este concepto recepcionado en la Ley de Condiciones Generales de Contratación alemana, las define como aquellas que el adherente ha podido conocer y comprender, pero a pesar de ello producen en su perjuicio un efecto sorpresa de las legítimas expectativas que se había creado en relación con el contenido del contrato.

Según explica Álvarez Larrondo (2010) las expectativas del consumidor o adherente se fundan en la confianza de lo que según la práctica es común esperar de esos tipos de contratos, expectativas generadas por la publicidad o por lo prometido por el profesional y después durante la ejecución desvirtuado y contradicho en otras cláusulas generales o particulares del contrato.

La capitalización de intereses se transforma en el sacrificio de cumplir con una obligación prevista cualitativamente pero no cuantitativamente.

4-4- Tutela al usuario

La ley de Defensa al Consumidor considera las cláusulas abusivas tanto en su faz preventiva como de control, brindando al consumidor las acciones a seguir en caso de generarse prácticas abusivas por parte de las Entidades Financieras. En este aspecto el rol de los magistrados es fundamental ya que no hay parámetros objetivos que definan cuándo una cláusula es abusiva sino que depende de la valoración en particular.

Se advierte que la ley no contiene disposiciones que reglamenten o limiten los intereses en los contratos bancarios, sólo lo referido a informar la tasa y el costo financiero total.

La faceta preventiva está reglamentada en los artículos 38 y 39 de la ley que determina que la Autoridad de Aplicación, (Secretaría de Comercio Interior) ejerce su vigilancia sobre los contratos de adhesión -incluyendo los bancarios- ejerciendo la misma fiscalización sobre las cláusulas uniformes y estandarizadas de los contratos hechos en formularios, y cuando las

convenciones han sido elaboradas unilateralmente por el proveedor. En este aspecto la legislación prevé un contralor netamente administrativo.

El control represivo es el consagrado en el artículo 37 ya descripto anteriormente y aquí plantea el control judicial posterior. En este aspecto la ley sigue la normativa finlandesa, describiendo una serie de conductas marco o indiciarias de situaciones abusivas, dejando al criterio de los jueces su valoración en el caso concreto.

La Administración Pública, a través de la Secretaría de Comercio Interior, tiene funciones jurisdiccionales para declarar abusiva una cláusula y tenerla como no escrita, ya sea de oficio- en el control de los contratos por formularios- o a pedido de parte. En este último caso tienen legitimación activa el propio consumidor, las Asociaciones de Consumidores y el Defensor del Pueblo.

Si bien el consumidor tiene la facultad de denunciar cláusulas abusivas violatorias a la ley, la situación es más compleja para los contratos bancarios y financieros, entre los que se encuentran las tarjetas de crédito. Las entidades financieras se encuentran bajo la jurisdicción B.C.R.A -quien reglamenta el porcentaje máximo de comisiones, débitos bancarios, tasas de interés etc.- no pudiendo dirimirse este reclamo por la vía administrativa.

La vía judicial es la única alternativa para plantear los excesivos intereses como una práctica abusiva que desnaturaliza la obligación pactada y además constituye un enriquecimiento sin causa para el Banco, correspondiendo a los magistrados analizar en cada caso concreto la procedencia del reclamo.

El B.C.R.A. ha emitido la Comunicación “A” 5388 el día 24 de enero del 2013 denominada “Protección de los usuarios de los servicios financieros”, la norma en cuestión es la primera en nuestro país que reconoce expresamente al usuario financiero o bancario como consumidor de acuerdo a la ley de Defensa al Consumidor, unido con el profesional por una relación de consumo.

El objeto de esta relación de consumo son los servicios financieros que presten las Entidades Financieras, Agencias de Cambio, y empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito.

La norma establece una serie de medidas y acciones para proteger los derechos de los usuarios en cuanto a la información que reciban en forma personal y por internet.

Uno de los aspectos más importantes es la limitación a los contratos multiproducto que ofrecen las entidades. A partir de esta resolución se admitirán estos contratos en la medida en que las secciones correspondientes a cada producto puedan escindirse en contratos individuales de tal manera que cada usuario puede adherir solamente al producto que le interesa. En definitiva viene a poner una barrera al avasallamiento de los Bancos en la apertura de una cuenta, asociada con la tarjeta, más seguro etc.-sin posibilidad de elección del adherente-.

Otro aspecto importante es la cuestión procesal. Hasta el dictado de esta normativa el usuario financiero no contaba con un procedimiento administrativo de reclamo, sólo los previstos en la ley 24.240. A partir de la misma las entidades deberán contar con un centro de atención al usuario, donde se recibirán los reclamos y denuncias. La Entidad debe resolver el reclamo dentro de los 20 días hábiles, en caso de no recibir una respuesta satisfactoria o silencio- cumplido el plazo- habilita la presentación de un recurso de apelación ante la Gerencia Principal de Protección al usuario de servicios financieros del B.C.R.A.

También tienen legitimidad para efectuar estas presentaciones las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos colectivos.

El B.C.R.A. podrá actuar de oficio en aquellos casos que revistan urgencia y gravedad que en el marco de su actuación como autoridad de contralor, considere puedan afectar a los usuarios en forma general.

Por razones operativas recién se instrumentará durante el transcurso del 2013.

4-5- Análisis jurisprudencial

Los tribunales argentinos no han adoptado un criterio unánime en cuanto a la consideración del anatocismo como una cláusula abusiva, generadora de desequilibrios patrimoniales que provoca en el deudor un desajuste entre la obligación pactada y la obligación reclamada por el acreedor.

Algunos tribunales sostienen que la libre voluntad pactada entre las partes debe respetarse. Esto puede observarse en el fallo emitido por la CNCom., Sala A, “ Citibank S.A. c/ D’Angelo Gentili, Laura”¹⁵ del 06/06/2008, si bien reconoció que las tasas entre el 58% y

¹⁵CNCom., Sala A, “ Citibank S.A. c/ D’Angelo Gentili, Laura”, AR/JUR/6550/2008

74% anual en pesos y entre el 24 % y 33% en anual en dólares resultan excesivas, dio por consentidos –por parte del titular de la tarjeta de crédito- los intereses financieros y punitivos imputados en los respectivos resúmenes ya que los mismos no fueron objetados sino hasta el momento de la resolución contractual.

La tendencia actual de la jurisprudencia es morigerar las excesivas tasas de interés- como se analizó en el capítulo anterior- y cuando una de las partes es una entidad privada, efectuar una comparación de tasas con un Banco oficial para considerarla abusiva. Tal fue el criterio en el fallo de la CApel.Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala II, “Bercam S.R.L. c/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A.”¹⁶ que determinó que la omisión del cuentacorrentista de solicitar como medida probatoria el cotejo de la tasa repudiada como abusiva con otras tasas, que para las mismas operaciones eran aplicadas por otras entidades bancarias oficiales, impide tachar de exorbitantes los intereses aplicados en especie.

Mientras que la CApel. Civ. y Com., Reconquista, en su sentencia del 28/09/2012 en la causa “Confina Santa Fe S.A c/ Martyn, Marcelo”¹⁷ determinó que la capitalización de intereses resulta inadmisibles y debe ser revocada incluso de oficio, pues la capitalización mensual de créditos afecta el orden público.

En Córdoba la jurisprudencia tampoco es uniforme. En el fallo de fecha 08/05/2008, de la Cám. 4ª Civ. y Com., Córdoba, “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Perez Daniel s/ Abreviado”¹⁸, los magistrados se pronunciaron sobre la procedencia de la morigeración de la tasa de interés anual. Ello por cuanto entendieron que la tasa originariamente pactada excedía largamente el tope promedio admitido en el mercado financiero. En este fallo el Dr. Jorge M. Flores se pronunció en disidencia argumentando que no se puede modificar oficiosamente lo libremente pactado por las partes, poniendo énfasis especialmente en la autonomía contractual.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia sostiene que el tema de intereses debe tratarse en cada caso particular, pero también hay que considerar tal como lo manifiestan

¹⁶CApel.Civ. y Com., Lomas de Zamora, Sala II, “Bercam S.R.L. c/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A.” AP/JUR/1914/2012.

¹⁷CApel. Civ. y Com., Reconquista, “Confina Santa Fe S.A c/ Martyn, Marcelo”, AP/JUR/2683/2012.

¹⁸Cám. 4ª Civ. y Com., Córdoba, “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Pérez Daniel s/ Abreviado” ABELEDO PERROT N° 003/70049465-1

Castellanos y D´Felice (2008) que por tratarse de un contrato amparado bajo la normativa protectora del consumidor resulta necesario acotar las distancias entre los contratantes evitando las desmesuras en el accionar de los Bancos, dada esta desmesura por la debilidad jurídica, económica, técnica, probatoria, infraestructural y operativa del usuario frente al Banco.

4-6- El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial y las cláusulas abusivas

El Proyecto de Reforma del Código- en sintonía con el derecho comparado- por una parte incluye específicamente los contratos por adhesión como forma especial de formación del consentimiento, y por otra incluye una serie de artículos referido a los contratos de consumo (1117-1122) en los cuales se encuentran definidas las cláusulas abusivas.

El Proyecto da un concepto de las mismas, resaltando como carácter intrínseco el desequilibrio entre las partes que perjudica al consumidor. Hasta acá la normativa adopta los conceptos ya vertidos por la jurisprudencia y la doctrina.

La diferencia que plantea el Proyecto en su artículo 1118 es que una cláusula puede ser declarada abusiva aún cuando sea negociada y expresamente consentida por el consumidor.

El abuso está sujeto a dos tipos de controles. En primer lugar el control de inclusión dentro del contrato, analizando las condiciones generales de contratación y en segundo el control del contenido del contrato. En la misma línea que el artículo 37 de la ley 24.240, el artículo 1122 establece que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. La cláusula convenida se sancionará con la nulidad debiendo integrarse el contrato.

El Proyecto constituye una propuesta superadora en materia de protección de los derechos de los consumidores.

CAPITULO V: LA EJECUCION JUDICIAL

5-1- Determinación de saldos en cuentas corrientes bancarias

El desarrollo acelerado del mercado bancario junto con la utilización de amplias formas de contratación masiva ha permitido incorporar nuevos servicios financieros. Es cada vez más usual la venta de un paquete único que incluye una tarjeta de crédito asociada a la apertura de una cuenta corriente de donde se debita el resumen mensual.

El tema adquiere gran complejidad porque se superponen una serie de relaciones jurídicas y de normativas aplicables entre el cuentacorrentista y titular de una tarjeta, con el banco.

El titular de la tarjeta se hace responsable por todos los consumos y cargos originados por el sistema (artículo 2 de la ley 250.65), generando una obligación exigible al usuario denominada saldo deudor. Si ese saldo resulta debitado de una cuenta corriente, deberán adicionarse los gastos y comisiones que le son ajenas al contrato de tarjeta pero son cobradas por el banco en concepto de gastos de mantenimiento de la cuenta corriente.

La composición del saldo es más compleja aún si el deudor al momento del vencimiento del resumen no posee fondos, y el banco efectúa un adelanto transitorio de caja denominado descubierto.

El descubierto es un acuerdo entre la entidad y cliente que generalmente se instrumenta con la misma apertura de la cuenta corriente o por un documento interno donde se fija un monto máximo a financiar, por plazos muy cortos- no más de siete o quince días- dependiendo la entidad bancaria. El plazo máximo es de 30 días según las normas de política crediticia OPRAC-1 del B.C.R.A.

El punto más problemático surge porque en la práctica de esta operatoria bancaria comúnmente la entidad no informa la tasa de interés por descubierto ni las comisiones sobre el saldo deudor.

De esta manera las entidades financieras incumplen con la normativa prevista en el artículo 796 del Código de Comercio que establece que las partes fijarán la tasa de interés, comisión y todas las demás cláusulas que establezcan las relaciones jurídicas entre el cliente y el banco. Las tasas para descubiertos en cuenta corriente para personas físicas- cobradas por el

Banco Nación a diciembre del 2012, ascienden al 60% anual, según la normativa crediticia enunciada precedentemente.

En estas situaciones el uso de la matemática financiera resulta muy ventajoso para uno de los contratantes, pero cómo puede el deudor controlar una tasa que no está pactada, o dicho de otra manera ¿Cómo puede controlar lo que no conoce, por ejemplo un saldo deudor de cuenta corriente distorsionado por excesiva capitalización de intereses?

Afortunadamente la tendencia jurisprudencial es limitar estos abusos, y en el mismo fallo mencionado el capítulo segundo “AVAN S.A. c/ Banco Tornquist”¹⁹ los magistrados expresaron que las tasas, están determinadas entre otros factores por un sistema de numerales, por el cálculo de la expectativa inflacionaria, la probable evolución de los mercados financieros y aún por las condiciones de competitividad en ese ámbito, que en muchas ocasiones han determinado y lo siguen haciendo, que el crédito en descubierto en la cuenta corriente bancaria, resulte una trampa mortal para muchos cuentacorrentistas, por el efecto de la ingeniería financiera solo fácilmente comprensible para un operador experimentado.

El análisis de la composición del saldo deudor no puede invocarse en un juicio ejecutivo. La Cám. 2ª Civ y Com., Córdoba, en la causa “Banco Francés c/Borghí, O”²⁰ entendió que respecto al monto reclamado en el saldo deudor conforme a la liquidación practicada -comprende el análisis de la causa de la obligación- excediendo el marco del juicio ejecutivo. Esta es la tendencia unánime de la jurisprudencia argentina.

5-2 Certificado de Saldo deudor

La generación de un saldo deudor es causal de cierre de la cuenta corriente y habilita la apertura de un proceso rápido y expedito que se rige por las leyes procesales locales.

Este saldo deudor otorga la posibilidad al banco de crear en forma unilateral un título ejecutivo denominado certificado de saldo deudor en el que deben figurar nombre y domicilio del cuentacorrentista, número de cuenta corriente, fecha de cierre, monto de saldo deudor y fecha de emisión.

¹⁹CN.Com., Sala A, integrada, “AVAN S.A. c/ Banco Tornquist S.A.”, JA, 2004- IV-338

²⁰Cám. 2ª Civ y Com., Córdoba, “Banco Francés c/Borghí, O”, ABELEDO PERROT N° 1/70037142-2

El artículo 793 del Código de Comercio prescribe que las constancias de saldos deudores en cuenta corriente bancaria otorgados con las firmas conjuntas del gerente y contador del banco son considerados títulos ejecutivos.

Para ser considerado título ejecutivo, la jurisprudencia ha puesto especial énfasis en los responsables bancarios quienes firman el certificado. Así lo expresó la Cám. 3ª Civ. y Com., Córdoba en “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Viamonte Otero, G.”²¹ de fecha 12/05/2009. que sostuvo que la facultad de crear unilateralmente un título ejecutivo no ha sido confiada por la ley a cualquier gerente o cualquier contador del Banco, sino a aquellos que por su responsabilidad funcional tienen a su cargo y supervisión los elementos de juicio que permiten emitir con certeza una constancia de esa naturaleza, es decir a aquellos que cumplen esas funciones en la sucursal o agencia a la que corresponde la cuenta corriente con saldo deudor que se ejecuta.

El certificado de saldo deudor es un título autónomo no requiere ningún tipo de complementación y no exige la conformidad por parte del cuentacorrentista.

5-3- Preparación de la vía ejecutiva

Uno de los temas más controvertidos y motivo de diferencias doctrinarias es el procedimiento de ejecución de los saldos deudores de las tarjetas de crédito.

Cuando el banco abre una cuenta corriente y emite una tarjeta de crédito asociada, el titular tendrá que analizar qué tipo de cuenta es. La cuenta corriente abierta al sólo efecto de debitar el resumen mensual sin la correspondiente función específica de emisión y pago de cheques es denominada instantánea o no operativa.

La doctrina, tal como lo expresa Raponi (2010), no considera a este tipo de cuenta un contrato de cuenta corriente reglado por el artículo 791 del Código de Comercio. Tal conceptualización es fundamental porque al no considerarse una cuenta corriente operativa, se encuentra inhabilitada la vía ejecutiva directa para un saldo deudor, de acuerdo a lo prescripto en el artículo 793 del mismo ordenamiento.

²¹Cám. 3ª Civ. y Com., Córdoba, “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Viamonte Otero, G.”, ABELEDO PERROT N° 1/70053831-2

El artículo 42 prohíbe expresamente que los saldos deudores provenientes de cuentas instantáneas sean susceptibles del cobro ejecutivo directo.

La vía ejecutiva del emisor contra el titular está prevista en la ley en el artículo 39. El certificado de saldo deudor- a diferencia del resultante de una cuenta corriente operativa-, no es un título ejecutivo autónomo, es incompleto y el emisor deberá acompañar: el contrato de emisión de tarjeta, el resumen de cuenta que reúna la totalidad de los requisitos legales, declaración jurada sobre inexistencia de denuncia del titular por extravío o sustracción de la tarjeta y declaración jurada sobre la inexistencia de impugnación o cuestionamiento del resumen.

Si faltasen algunos de los requisitos enunciados, o los resúmenes no fueran emitidos de acuerdo a las formalidades prescriptas, el emisor pierde la vía ejecutiva, quedando sólo habilitada la acción ordinaria.

Según opinión de Barbier (2008) el certificado deudor originado en un saldo de tarjeta es un título ejecutivo incompleto y carece de la autonomía necesaria para utilizar la vía ejecutiva directa.

Recordando que el artículo 57 de la ley, impone que sus normas son de orden público: *los saldos deudores de tarjeta de crédito no pueden ejecutarse por cobro directo.*

Si bien el objetivo del artículo 42 ha sido revertir el mecanismo ejecutivo de la cuenta corriente no operativa, la pregunta es ¿Qué pasa cuándo una cuenta corriente operativa tiene saldos provenientes de una tarjeta de crédito? En definitiva cuando en una cuenta corriente se mezclan saldos de diferentes orígenes, por ejemplo emisión de cheques y tarjeta de crédito.

La cuestión planteada no termina en una discusión teórica, el tema tiene gran importancia práctica porque la utilización de uno u otro mecanismo de ejecución llevarán a reclamos cuantitativos totalmente disímiles.

La ejecución directa del saldo deudor permite capitalización mensual de toda clase de intereses. Mientras que la ejecución prevista por el artículo 39, prohíbe la capitalización de intereses punitivos (art.18) y limita la aplicación de financieros (art. 16).

La jurisprudencia no es pacífica cuando el saldo deudor en una cuenta corriente bancaria operativa está compuesto por conceptos de diferentes orígenes incluidos los de una tarjeta de crédito.

Conforme a una postura jurisprudencial sustentada por la CNCom., Sala D, del 03.03.2008, “HSBC Argentina c/ Taiariol, Víctor”²², la aplicación del artículo 42 se aplica solamente cuando la cuenta corriente bancaria hubiera sido utilizada exclusivamente para debitar saldos negativos provenientes de una tarjeta de crédito y en consecuencia no es aplicable dicha norma cuando no se aprecia esa exclusividad y se emplea también para otro tipo de operaciones.

De acuerdo a este criterio es procedente la vía ejecutiva directa, no pudiendo invocarse la excepción de inhabilidad de título, ya que C. Procesal Civil de la Nación y todos los Códigos procesales provinciales prevén solamente el análisis de las formas extrínsecas del título. En esta posición los magistrados hacen una interpretación taxativa de la normativa.

La postura contraria es adoptada por la Sala F, de la misma Cámara en la causa “Banco Santander Río S.A. c/González Pedro”²³, que ha hecho lugar a la excepción de inhabilidad de título a efectos de excluir del saldo deudor de la cuenta corriente los montos provenientes del saldo de tarjeta de crédito. La argumentación dada por los magistrados es que si bien el certificado del saldo deudor no es susceptible de ser indagado en su composición en el proceso ejecutivo, de ninguna manera puede aquella cuenta transformarse en generadora de un título ejecutivo en el que se incluyan débitos ajenos a su esencia.

Hay dos aspectos muy destacables en esta nueva tendencia jurisprudencial. El primero es la aceptación de la excepción de inhabilidad de título de un certificado deudor de una cuenta corriente operativa, por la parte correspondiente al saldo proveniente de la tarjeta.

Mientras que el segundo a destacar es que el tribunal- haciendo uso del criterio de las cargas probatorias dinámicas- ordena al banco que efectúe la discriminación de los saldos rompiendo con los cánones tradicionales de carga probatoria.

Resulta satisfactorio pensar que se abre un nuevo camino jurisprudencial, donde los magistrados sólo aceptan la vía ejecutiva de los saldos en cuenta corriente pero sin incluir los correspondientes a tarjetas disminuyendo considerablemente el monto a reclamar como consecuencia de la capitalización de intereses.

²²CNCom., Sala D, “HSBC Argentina c/Taiariol, Víctor”, AR/JUR/2400/2008.

²³CNCom., Sala F, “Banco Santander Río S.A. c/González Pedro”, LL, 20/08/2010,4

La inclusión en una cuenta corriente de débitos de diferente procedencia originados en distintos contratos (mutuo, descubierto, tarjeta de crédito, etc), no puede ser motivo de un cobro expedito, sin posibilidades de defensa del usuario o cliente, más aún cuando estos convenios incluyen relaciones jurídicas protegidas por normas de orden público.

5-4- Acciones y Defensas oponibles

En el acápite anterior se desarrollaron las distintas formas de cobro de los saldos provenientes de tarjetas de crédito.

En cuanto a las defensas oponibles en un juicio ejecutivo lo primero que hay que considerar es el saldo deudor de qué tipo de cuenta corriente proviene.

El artículo 518 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba enumera los títulos a los que la ley les da fuerza ejecutiva, en los que incluye a los saldos en cuenta corriente y el inc.8 establece en forma enunciativa otros títulos que la ley le asigne este carácter.

El procedimiento elegido por los Bancos siempre es el cobro directo con el certificado deudor como título ejecutivo completo cualquiera fuera la cuenta corriente objeto de la demanda.

Las excepciones previstas en este juicio son muy limitadas aceptando solamente las normadas en el artículo 547.

Si bien las defensas de este artículo son taxativas, según Ferreyra de de La Rúa y Rodríguez Juárez (2004), puede aplicarse una defensa genérica basada en la falta de acción del actor para proceder ejecutivamente- según la expresa prohibición del artículo 42 de la ley 25.065-cuando se trate de cuentas corrientes instantáneas.

Para las cuentas corrientes operativas se deberá oponer la excepción de inhabilidad de título parcial por la parte correspondiente al saldo de tarjeta de crédito.

Por otra parte el derecho del cuentacorrentista está tutelado en las acciones previstas en el artículo 790 del Código de Comercio que permiten solicitar la revisión y rectificación de saldos provenientes de errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito o duplicación de partidas.

La acción de rectificación de la cuenta corriente permite observar o impugnar cuestiones numéricas, formales de tipo material.

Los errores sustanciales o cuestionamientos de orden jurídico, como la excesiva aplicación de intereses, o la ilegitimidad de ciertos conceptos, se plantearán mediante acción de revisión.

Ejemplo de ello es lo manifestado por la jurisprudencia en la causa “Traversa, Rolando c/ Citibank S.A.”²⁴, CNCom., Sala D, del 24/05/2011, sostuvo que los titulares de la cuenta corriente -aún cuando hubiesen omitido impugnar tempestivamente los saldos-, pueden solicitar la rectificación de los mismos ejerciendo la acción contenida en el artículo 790 del Código de Comercio.

En cuanto al tema objeto de este trabajo toda acción referida a intereses tales como omisión de tasa, fijación unilateral, pedido de reducción de intereses considerados abusivos, etc., deberá ejercerse mediante una revisión de la cuenta corriente bancaria. (Fundamentos del voto del Dr. Heredia en el fallo CNCom., Sala D, “Muñiz Guillermo c/Banco de la Pcia. de BS.AS”²⁵).

En la misma línea se expresó la C.Apel. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala I, del 30/06/2008 en “Macuglia, Susana M. c/Citibank s/Revisión contractual”²⁶.

Según lo manifestado por la Cámara si se comprobó que el banco efectuó cargos indebidos, han mediado tasas lesivas u operado de manera irregular el anatocismo en la cuenta corriente, corresponde corregir judicialmente la lesión ocasionada por la conducta de la entidad que incurrió en ejercicio abusivo de sus derechos, en actuaciones contrarias a los buenos usos y prácticas bancarias.

Es función de la justicia corregir los excesos incurridos por los Bancos. El cuentacorrentista es la parte más débil de la relación contractual y es quien deposita su confianza en la entidad quien debe actuar según el estándar de buen profesional y de acuerdo a su alto grado de especialización- y además por tratarse de un administrador de fondos no propios- el interés general exige que actúe con responsabilidad.

²⁴CNCom., Sala D, “Traversa, Rolando c/Citibank S.A.”, ABELEDO PERROT N° 1/91039

²⁵CNCom., Sala D, “Muñiz Guillermo c/Banco de la Pcia.de BS.AS”, ABELEDO PERROT N° AP/JUR/310/2011.

²⁶C.Apel. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala I, “Macuglia, Susana M. c/Citibank s/Revisión contractual”, ED Digital, n° 18321 [2008].

CAPITULO VI: TUTELA AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO

6-1- Países Latinoamericanos

Los contratos bancarios son considerados en la mayoría de los países contratos de adhesión.

La ley chilena específicamente define a los contratos de adhesión, como aquellos elaborados unilateralmente por una de las partes donde la otra es sometida a sus cláusulas, perfeccionando el consentimiento mediante la firma.

Todos los países americanos, con excepción de Nicaragua, Honduras y Guatemala cuentan con normas protectoras a los consumidores a través de la prohibición de incluir cláusulas abusivas en los contratos.

La redacción de la normativa es similar a la ley argentina, incluyen cláusulas abiertas, una enumeración no taxativa de disposiciones estimadas abusivas.

Típicamente son consideradas abusivas las siguientes cinco cláusulas:

- Las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor
- Las que permiten cambiar unilateralmente las condiciones del contrato
- Las que limitan la responsabilidad por daños causados a los usuarios
- Las que implican una renuncia anticipada a los derechos de los consumidores o limitan sus derechos
- Las que imponen cualquier método alternativo de resolución de conflictos, limitando la vía judicial.

En Ecuador y Chile reglamentan hasta el tamaño de letra de los contratos, aquellas cláusulas que estén escritas en caracteres significativamente mas pequeños se entienden por no escritas.

Brasil considera prácticas abusivas limitar la provisión de servicios y productos sin ningún motivo, entregar al consumidor productos o prestar servicios sin solicitud previa, no estipular plazo de cumplimiento y exigir del consumidor ventajas excesivas.

En el informe anual de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), elaborado por QUEVEDO, A. (2011) la autora efectúa una extensa comparación de qué se considera cláusula abusiva entre los diferentes países, como el caso de Uruguay que considera práctica abusiva la negación de provisión de productos o servicios, si hay existencias; la circulación de información que desprestigie al consumidor cuando éste ha iniciado acciones legales, la fijación de plazos en forma desproporcionada que perjudiquen al consumidor.

Venezuela expresamente considera abusiva una disposición que fije un domicilio especial para controversias administrativas o judiciales, diferente al de la celebración del contrato o del consumidor. En nuestro país es considerada abusiva por vía jurisprudencial.

En general todas las legislaciones reglamentan el desequilibrio entre el usuario y el proveedor.

Nuestra ley nada dice en materia ambiental, mientras que en Brasil y Paraguay las disposiciones que infrinjan normas protectoras del medioambiente, se consideran no escritas.

Las cláusulas abusivas en todos los ordenamientos se sancionan con la nulidad y se las considera no convenidas.

En materia financiera, el Decreto Ejecutivo 52 del 2008, artículos 201-203 de Panamá considera cláusulas nulas las típicamente abusivas como las descritas anteriormente en el resto de los países. Se consideran relativamente abusivas las que establezcan plazos excesivos, cláusulas penales, indemnizaciones o intereses desproporcionados ventajosos al proveedor.

Uno de los mayores avances en materia de protección al consumidor financiero, es la efectuada en Chile mediante ley 20.555 de diciembre del 2011. La misma es ampliatoria del Código de Defensa al Consumidor aprobado por ley 19.496.

La oficina de Servicio Nacional al Consumidor Financiero (SENAC Financiero) es la autoridad de aplicación que efectúa una especial vigilancia a los contratos emitidos por Bancos, Cajas de Ahorro e Inversión y toda entidad cuyo fin sea la prestación de algún servicio financiero o bancario como tarjetas de crédito, seguros, mutuos, etc.

La ley establece un régimen de información específico como la comunicación discriminada de gastos y comisiones. Las entidades deben informar un porcentaje denominado Carga Anual Equivalente, que es el cargo por todo concepto que tiene el servicio y esto permite la comparación clara entre distintos bancos para que el usuario o cliente pueda

elegir el más barato (sistema similar usado en Estados Unidos). El incremento injustificado de costos y tasas de interés es considerado expresamente cláusula abusiva sin necesidad de declaración judicial. Las cuentas bancarias, a pedido del cliente, deben ser cerradas en el término de diez días cuando no tuviesen saldo deudor.

En definitiva Chile es uno de los países pioneros en Latinoamérica en materia de protección al usuario financiero, con normas directas de policía y educación al ciudadano.

6-2- España y la Unión Europea

El Consejo de la Unión Europea, con el objetivo de armonizar la legislación de sus países miembros y unificar la interpretación de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores de diferentes estados partes, dictó en 1993 la Directiva 13 reglamentaria de las cláusulas abusivas.

En el derecho comunitario, por ser un derecho supranacional, los estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para protección de sus ciudadanos consumidores a efectos de hacer cumplir esta normativa protectora.

La Directiva define las cláusulas abusivas como aquellas convenciones contractuales que no se hubieran negociado individualmente y –a pesar de las exigencias de buena fe– causaren en detrimento al consumidor un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos resultantes del contrato.

La norma establece en forma enunciativa y no taxativa una lista de posibles conductas abusivas por parte de los profesionales como: limitación de la responsabilidad del profesional; rescisión unilateral por parte del profesional sin motivos válidos; prórroga automática en contratos por tiempo determinado sin notificación; permitir que el profesional cobre gastos y cargos que no le fueron comunicados; etc.

El carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato al momento de su celebración, siendo necesario considerar todas las circunstancias concurrentes a la suscripción el contrato. No se apreciará cláusula abusiva cuando se refiere a la definición del objeto del contrato o cuando no hubiese una adecuada relación entre precio pactado y el servicio o bienes objeto del contrato, siempre que estas cláusulas estén redactadas en forma clara y comprensible.

Completando lo dispuesto por la Directiva antes mencionada, España en el año 2007 dictó el Real Decreto Legislativo 1/2007, donde en su capítulo II destinado a cláusulas abusivas amplía el concepto de las mismas haciendo una descripción detallada de las siguientes convenciones:

- Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario
- Las que limiten los derechos del consumidor o usuario
- Las que determinen la falta de reciprocidad del contrato
- Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba
- Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato
- Las que contravengan las reglas sobre la competencia y derecho aplicable.

En el 2011 el Consejo Europeo emite la Directiva 83 cuyo objeto es la regulación de los contratos a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles. La importancia de la misma es dar un marco jurídico a las compras por internet y sus diferentes medios de pago, entre ellos el más usado, la tarjeta de crédito.

Todas estas legislaciones tienen normas protectoras al consumidor o usuario del desequilibrio desproporcionado y de ventajas excesivas a favor del profesional, considerando nulas las estipulaciones que establezcan lo contrario.

En algunos países es la autoridad administrativa quien tiene la facultad de declarar su nulidad, en otros tal potestad le corresponde a los magistrados.

La definición y reglamentación de cláusulas abusivas en el derecho comunitario europeo y España tiene gran similitud con el derecho latinoamericano. La descripción enunciativa de las mismas, la declaración de nulidad y la integración del contrato son aspectos relevantes que tratan las diferentes legislaciones de manera igualitaria.

6-3-Estados Unidos

El país americano propulsor de la economía de libre mercado y defensor de la autonomía de la voluntad en materia contractual, es uno de los países con mayor regulación estatal en materia de protección al consumidor bancario y usuario de tarjetas de crédito.

Existen diferentes leyes federales reguladoras en la materia, la primera desde 1968 The Truth Lending Act, que es una normativa de protección al crédito, que requiere que todas entidades bancarias utilicen métodos uniformes de cálculos de costos e intereses y la exigencia de brindar al consumidor toda la información en forma detallada y clara.

Desde 1970 rige The Consumer Credit Protection Act que es la ley que protege a los consumidores. Establece las cláusulas que deben contener los contratos de adhesión y aquellas que no pueden incluir. Además de la protección integral para todos ciudadanos sin distinción de raza, religión etc., el derecho a un resarcimiento por parte de las empresas en casos de cobros erróneos o que perjudiquen el historial de crédito del consumidor, el derecho a la información, etc.

En el 2009 el Congreso de Estados Unidos sancionó la ley de tarjetas de crédito que otorga al usuario diferentes protecciones. Por ejemplo la empresa emisora de la tarjeta no puede aumentar la tasa de interés sin una comunicación previa de cuarenta y cinco días anteriores. También limita el aumento de los costos y gastos o débitos bancarios.

La Reserva Federal cuenta con una compleja normativa reguladora del crédito que tiende a poner límites a las empresas emisoras de tarjetas de crédito.

El usuario cuando en su contrato considere que una cláusula es abusiva o se le reclame una deuda que estime excesiva, puede efectuar el reclamo administrativo en las agencias gubernamentales de defensa a los consumidores.

En la legislación federal americana no existe una definición de cláusulas abusivas ni descripción genérica de las prácticas -como lo hacen los derechos latinoamericanos y el comunitario europeo- pero existen diversos mecanismos de control gubernamental que dificultan estas prácticas desleales pudiendo el consumidor suscribir estos contratos de adhesión sin que sus derechos resulten vulnerados.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido como objetivo demostrar cómo el desarrollo acelerado de la banca ha originado nuevas y cada vez más complejas prácticas de contratación masiva. La venta de productos o paquetes bancarios y la posición dominante que tienen las entidades, ha puesto de manifiesto la necesidad de regular y controlar estos contratos para lograr equilibrar la desigualdad económica y estructural entre los contratantes.

La tarjeta de crédito es usada por los argentinos desde los sectores de mayor poder adquisitivo hasta los segmentos de bajos ingresos. Las tarjetas bancarias o no bancarias, son utilizadas para financiar viajes al exterior o para la compra de medicamentos y alimentos. La masificación de este medio de pago requiere de una expresa regulación en sus diferentes aristas.

Si bien existen diversos mecanismos de protección al usuario lo cierto es que ante diferentes controversias- como determinación de intereses excesivos- son en definitiva resueltas por los magistrados, dejando librado al criterio de cada tribunal si resulta conveniente morigerar intereses o si la cláusula reclamada puede ser considerada abusiva o no.

El objetivo de las entidades es maximizar sus beneficios y minimizar sus costos, propósito de naturaleza económica que se traduce jurídicamente en contratos de difícil comprensión e interpretación para el usuario.

El cliente bancario no está en condiciones de observar e impugnar intereses excesivos, comisiones y gastos no pactados en la tarjeta o en la cuenta corriente y aún cuando estuviesen pactados, no conoce su mecanismo de cálculo. No puede observar cuando no sabe qué y cómo observarlo. Tampoco conoce la forma en que se le ejecuta su saldo deudor de cuenta corriente. Es aquí donde entra en escena el Banco Central quien debe ser el responsable de efectuar un exhaustivo contralor administrativo a las Entidades Bancarias y a aquellas no bancarias emisoras de tarjetas de crédito. Debería ser el Ente rector en materia financiera y monetaria el encargado de limitar las tasas de interés, controlar las cláusulas abusivas en los contratos bancarios y sancionar a las entidades que incurrieran en tales prácticas.

Los tiempos judiciales son siempre diferentes a la realidad económica y corresponde a los jueces dirimir interpretaciones del derecho, pero como expresa Raponi (2010), no es fácil

resolver cuestiones financieras cuando los conceptos económicos pretenden reemplazar a conceptos jurídicos en los contratos bancarios. Entre ellos la idea de teoría del mercado, que introduce el concepto de tasa de interés de mercado que se inserta en un contrato, pretendiendo ser un concepto jurídico con el valor de un acuerdo expreso.

Para dirimir estas controversias y evitar la judicialización se deberían fortalecer los mecanismos institucionales y así lograr mayor protección al usuario, en este aspecto es fundamental la actuación de los organismos de control, tanto el B.C.R.A. como la Secretaría de Comercio Interior quienes tienen el poder de policía y son los responsables de velar por los intereses colectivos.

La única manera de proteger al consumidor es a través del accionar interdisciplinario de todos los actores sociales. Por un lado el Estado a través de sus diferentes poderes. El Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial constituye un avance en materia legislativa. La Administración pública mediante normas y procedimientos administrativos rápidos y eficaces y por último la justicia será la encargada de resolver aquellos reclamos no solucionados por la vía administrativa.

Por otro lado un papel primordial juegan las asociaciones de consumidores para velar por los intereses de los consumidores financieros. Legitimadas por la Constitución Nacional para defender derechos colectivos, son el soporte que deberían tener los ciudadanos para efectuar sus reclamos. En países como Francia, España y Estados Unidos el fortalecimiento institucional de estas asociaciones ha permitido poner límites a los excesos pretendidos por Bancos o empresas prestatarias de servicios. Los contratos de adhesión son aprobados por las Autoridades de Aplicación pero siempre con el consentimiento de las asociaciones representantes de consumidores.

En Latinoamérica, Chile y Brasil han impulsado el crecimiento e institucionalización de estas asociaciones.

Las leyes 25.065 y 24.240 analizadas en este trabajo son de orden público, pero este concepto es fácilmente vulnerado por los bancos. Bajo la apariencia de legalidad se cobran intereses y gastos que desnaturalizan las obligaciones pactadas y provocan una lesión al consumidor financiero quedando indefenso ante la pretensión del profesional.

El orden público y el bien común están por encima de la autonomía de la voluntad, no pueden darse por convenidas cláusulas que se transformen en usura o que claramente

perjudiquen al consumidor. Se plantea en estos procesos una crisis del derecho de los particulares en su concepción de que la autonomía de la voluntad no se modifica.

Como opina Lorenzetti (1996) el derecho contractual viene sufriendo profundos cambios para adecuarlo a principios jurídicos. Los particulares pretenden crear ordenamientos equiparables al jurídico, sin un contralor. Para evitar esto el Estado debe crear un derecho privado de tal manera de impedir que la autonomía de la voluntad invada territorios socialmente sensibles.

Los Bancos pretenden imponer a los consumidores conceptos que les son ajenos. Es aquí donde el orden público debe prevalecer dejando sin efecto la autonomía contractual.

El reconocimiento por parte del Banco Central de que el usuario financiero es un consumidor constituye el principio de un camino ya iniciado en otros países donde la economía de mercado y las finanzas no pueden reglar las relaciones jurídicas. Los consumidores bancarios no son agentes financieros, necesitan protección y esa tutela debe provenir del Estado.

Por último y tomando las palabras de Domingo F. Sarmiento “educar al soberano”, sólo la información, el conocimiento y la educación, permitirán al ciudadano defender sus derechos y evitar que los mismos sean vulnerados.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION

Constitución Nacional

Código Civil

Código de Comercio

Código Procesal Civil de la Nación

Código Procesal Civil de Córdoba

Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito

Ley 24.240 de Defensa al Consumidor

Circulares “A”: 2216, 3244, 5323 y 5388 del B.C.R.A.

Circulares OPRAC-1 de Políticas Crediticias del B.C.R.A.

Resolución 3378/12 de la A.F.I.P

LEGISLACION EXTRANJERA

- Leyes 19.496 y 20.555 de Defensa al Consumidor de Chile
- Ley 17.250 de Defensa al Consumidor de Uruguay
- Ley n. 9 8078 de Defensa al Consumidor de Brasil
- Decreto Ejecutivo 52 del 2008 de Panamá
- Ley 2000-21 Defensa del Consumidor de Ecuador
- Ley 1334 de 1998 de Paraguay
- Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios de Venezuela
- Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas en la Unión Europea
- Directiva 2011/83/UE. Derechos de los Consumidores en la Unión Europea

- Real Decreto Legislativo 1/2007. Derecho al Consumidor en España
- The Fair Credit Reporting Act (FCRA), 15 U.S.C. §1681. Et.seq. Ley Federal del Congreso de Estados Unidos sobre protección a los consumidores
- The Truth Lending Act. Ley de Protección al Crédito de Estados Unidos
- The Consumer Credit Protection Act. Ley Federal de Protección a los consumidores de Estados Unidos

DOCTRINA

- ALEGRÍA, H. y MOSSET ITURRASPE, J. (1998). Abuso del Derecho. Intereses. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16(3), 418-419.
- ALVAREZ LARRONDO, F. (2010). “Las cláusulas abusivas en el derecho español y argentino. Análisis comparativo”, RC y S 2010 VII, 253.
- ALVAREZ LARRONDO, F. (2005). “Digesto normativo y jurisprudencial de cláusulas abusivas”, DJ 2005-2, 467.
- AYERRA, E. (2007). “El contrato de emisión de tarjeta como modalidad de apertura de crédito”, E.D. 222-712.
- BARBIER, E. (2008). *Litigiosidad en la actividad bancaria*. Buenos Aires: Astrea.
- CARRANZA TORRES, L. (2006). “La aplicación del interés en sede judicial”, E.D. 218-125.
- CASTELLANOS, S. y D’FELICE, J. (2008). *Derecho Bancario*. (1ª Ed.) Córdoba: Advocatus.
- CERRUTI, M. (2011). “Tarjeta de Crédito. Alcance del deber de colaboración en la relación contractual”, RC y S. 2011 II, 73.
- CORBALAN, P. y PINESE, G. (2009). *Ley de Defensa al Consumidor*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- CORREA, G. e HISE, M. (2007). Tarjetas de Débito y de Crédito. *Revista de Derecho Bancario*, 10(4), 119-144.

- DI CHIAZZA, I. (2010). “Cuenta corriente Bancaria y Tarjeta de Crédito. Confusión de saldos y análisis de su composición”, L.L. 2010 (agosto), 4.
- DRUCAROFF AGUIAR, A. (2009). “La tasa de interés en los reclamos de saldos de tarjeta de crédito”, LL 22/10/2009, 46.
- EKELUND, R. (1997). *Historia de la Teoría Económica y su método*. México: McGraw-Hill.
- FARINA, J. (2004). *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea.
- FARINATI, E. (2009). “Problemática en la tutela del consumidor bancario”, E.D. 204-874.
- FARINATI, E. (2009). *Protección Jurídica del Consumidor Bancario*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- FERNANDEZ, N. (2006). *Matemática Financiera aplicada con Excel*. Buenos Aires: Errepar.
- FERREYRA DE DE LA RUA, A. y RODRIGUEZ JUAREZ, M. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Córdoba: Alveroni.
- FREYTES, A. (2011). “Una acertada decisión en torno a cláusulas abusivas en contratos de consumo”, L.L.C. 2011 (octubre), 970.
- LORENZETTI, R. (1996). El tratamiento de las cláusulas abusivas en el Derecho al Consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5(5), 171-190.
- MARIÑO LOPEZ, A. (2009). “*Ley de Defensa al Consumidor comentada y anotada*”. (T. II). Buenos Aires: La Ley.
- MORALES, L. y YÁÑEZ, A. (2006). La Bancarización en Chile. *Biblioteca Electrónica de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de Chile*. Recuperado de http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicación_5291.pdf
- MORINIGO, F. (2011). “Prescripción en el sistema de tarjeta de crédito. Consolidación de una jurisprudencia que favorece la seguridad de los consumidores”, E.D. 244-12.818.

- MUGUILLO, R. (2003). *Régimen de Tarjetas de Crédito*. (2ª Ed. Actualizada). Buenos Aires: Astrea.
- MUGUILLO, R. (2004). “Certificado de Saldo deudor en cuenta corriente bancaria y deuda emergente de tarjetas de crédito”. SJA 18/02/2004; JA 2004-I-162
- PIZARRO, R y VALLESPINOS, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado*. (T.I). Buenos Aires: Hammulabi.
- QUEVEDO, A. (2011). Elaboración y establecimiento de mejores prácticas en la protección al usuario de servicios financieros. *Biblioteca Electrónica de la Federación Latinoamericana de Bancos*. Recuperado de http://www.felaban.com/archivos_actividades.../_Alejandra_Quevedo.pdf
- RAPONI, O. (2008). Intereses excesivos y comisiones bancarias sin causa en cuenta corriente bancaria. *Cuadernos de doctrina*, 5(1), 30-35.
- RAPONI, O. (2010). *Descubierto en cuenta corriente bancaria*. Buenos Aires: Astrea.
- SAENZ, L. (2009). “*Ley de Defensa al Consumidor comentada y anotada*”. (T.I). Buenos Aires: La Ley.
- STIGLITZ, R. (2005). “Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo”. JA-2005-1403.
- TRIGO REPRESAS, F. y LOPEZ MESA, M. (2005). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. (T. IV). Buenos Aires: La Ley.
- VILLEGAS, C. (2005). *Contratos Mercantiles y Bancarios*. Buenos Aires: El autor.
- WAJNTRAUB, J. (2004). “Protección Jurídica del Consumidor”. ABELEDO PERROT N° 3201/000565.
- ZENTNER, D. (2012). “Las cláusulas abusivas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. SJA 2012/10/31; JA 2012-IV.

JURISPRUDENCIA

- C.S.J.N. “Banco Comafi S.A c/ Cardinale Miguel Ángel y otro” Fallo 105:554 (2003).
- C.S.J.N. “Tazzoli, Jorge Alberto c/ Fibracentro S.A.” T.469.XL; 28-02-2006; T.329 P.335.
- CApel. Civ. y Com., Tucumán, Sala I, “Banco Mayo Coop. Ldo. c/Varela, T”, ABELEDO PERROT N° 1/5514880.
- CNCom., Sala E, “Dirección Gral. Defensa a los Consumidores Gob. Ciudad de Bs.As. c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.” SJA 15/06/2005 JA 2005-II-302.
- CNCom., Sala F, “Wilson Guillermo c/ American Express Argentina S.A.”, AP/JUR/650/2011.
- CNCom., Sala C, “Duronto Guillermo c/ VISA Argentina S.A y otro”, AP/JUR/2176/2012.
- CApel.Civ. y Com. Rosario, Sala I, “Brebbia, Roberto c/ Banco Bansud S.A”, ABELEDO PERROT N° 1/70021297-2.
- CNCom., Sala A, Banco Itaú Argentina S.A. c/ Marangone Juan s/Ejecutivo” ED Digital (61011) [2011].
- C.Apel.Civ. y Com., Rosario, en pleno, “Banco Bisel c/ Salvi Hector”. LL Litoral 1997, 673. AR/JUR/2690/1997
- Cám.8ª Civ. y Com., Córdoba, “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Centurión Marco y otros/abreviado”, ABELEDO PERROT N° 0003-70049465-1..
- CN.Com., Sala A, integrada, “AVAN S.A. c/ Banco Tornquist S.A.”, JA, 2004- IV-338.
- CNCont.-Adm., Fed., Sala IV, “Banco Caja de Ahorro S.A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones”, JA-2000-IV-299.
- T.S.J., Sala Civ. y Com., Córdoba, “Banco Hipotecario SA c/Aguirre María C. y otra”, AP/JUR/2119/2012.
- CNCom., Sala A, “ Citibank S.A. c/ D’Angelo Gentili, Laura”, AR/JUR/6550/2008.

- CApel.Civ. y Com., Lomas de Zamora, Sala II, “Bercam S.R.L. c/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A.” AP/JUR/1914/2012.
- CApel. Civ. y Com., Reconquista, “Confina Santa Fe S.A c/ Martyn, Marcelo”, AP/JUR/2683/2012.
- Cám. 4ª Civ. y Com., Córdoba, “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Pérez Daniel s/ Abreviado” ABELEDO PERROT N° 003/70049465-1.
- Cám. 2ª Civ. y Com., Córdoba, “Banco Francés c/Borghi, O”, ABELEDO PERROT N° 1/70037142-2.
- Cám. 3ª Civ. y Com., Córdoba, “Nuevo Banco Suquía S.A. c/ Viamonte Otero, G.”, ABELEDO PERROT N° 1/70053831-2.
- CNCom., Sala D, “HSBC Argentina c/ Taiariol, Víctor”, AR/JUR/2400/2008.
- CNCom., Sala F, “Banco Santander Río S.A. c/González Pedro”, LL, 20/08/2010,4.
- CNCom., Sala D, “Traversa, Rolando c/Citibank S.A.”, ABELEDO PERROT N° 1/91039.
- CNCom., Sala D, “Muñiz Guillermo c/Banco de la Pcia.de BS.AS”, ABELEDO PERROT N° AP/JUR/310/2011.
- C.Apel. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala I, “Macuglia, Susana M. c/Citibank s/Revisión contractual”, ED Digital, n° 18321 [2008].

ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del autor

Apellido y Nombre del autor	Rodríguez Marcela Liliana
E-mail	marcelilirodriguez@hotmail.com
Título de grado que obtiene	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Cláusulas Abusivas en el otorgamiento de Créditos: Tarjetas de Crédito.
Título del TFG en inglés	Unfair terms in banking agreements: Credit Cards
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Ab. Ma. Alejandra Garay y Ab. Federico Miguel
Fecha del último coloquio con la CAE	3 de Junio del 2013
Versión digital del TFG: Contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Archivo PDF. RODRIGUEZ MARCELA L_ TFGA DEFENSA ORAL

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:

- ...**X**..... Si, inmediatamente
 Si, después demes(es)
 No autorizo

Firma del alumno