



TRABAJO FINAL DE GRADO

***“La Acción colectiva como medio eficaz de
protección al consumidor en los contratos de
tarjetas de crédito.”***

María Belén Martín

Legajo: VABG 29494

Año2018

Resumen

La evolución de la tecnología introduce nuevas pautas de consumo. La masividad del uso de la tarjeta de crédito como medio de pago expuso la necesidad de reglamentar las relaciones entre el la Entidad Bancaria y el usuario de la tarjeta de crédito. Dicho vínculo contractual es un contrato de consumo, con cláusulas generales predisuestas en las que el adherente solo puede asentir. Por las características particulares de este contrato y los usos y costumbres bancarios, el consumidor puede estar expuesto a prácticas y cláusulas abusivas que desnaturalicen la obligación. Asimismo, el régimen jurídico argentino crea un sistema de tutela al consumidor con un piso mínimo de protección, cuyos derechos están garantizados por la Constitución Nacional.

Palabra clave: tarjeta de crédito- Banco- consumidor- contrato de consumo- cláusulas abusivas

Abstract

The evolution of technology introduces new patterns of consumption. The massive use of the credit card as a means of payment exposed the need to regulate the relations between the Banking Entity and the user of the credit card. This contractual link is a consumer contract, with general clauses predisposed in which the adherent can only agree. Due to the particular characteristics of this contract and banking habits and customs, the consumer may be exposed to abusive practices and unfair terms that denaturalize the obligation. Also, the Argentine legal regime creates a system of guardianship to the consumer with a minimum floor of protection, whose rights are guaranteed by the National Constitution.

Keyword: credit card- Bank- consumer- Consumer agreement- unfair terms

Índice Trabajo Final de Graduación

Introducción	5
Capítulo I:	8
“El derecho del consumo: Principales Aspectos”	8
1.1 Introducción	9
1.2. Características del derecho de los consumidores	10
1.3. El consumidor en la Constitución Nacional	12
1.4. La Ley de Defensa al Consumidor y el CCyC	15
1.5. Deberes de los proveedores	19
1.5.1. La libertad contractual	20
1.5.2. La información al consumidor	21
1.5.3. Trato digno	22
1.5.4 La publicidad	24
Conclusiones Parciales	27
Capítulo II:	28
“El contrato de Tarjeta de Crédito entre el emisor y el usuario”	28
2.1. Introducción	29
2.2. El contrato de adhesión: Características generales	30
2.4. El resumen mensual	38
2.5. Conclusión, Resolución, o Prórroga de la relación contractual	42
2.6. La aplicación de daños punitivos	44
Conclusiones Parciales	45
Capítulo III	47
“La abusividad en los contratos”	47
3.1. Introducción	48
3.2. Prácticas abusivas: Concepto y características	49
3.3. Cláusulas Abusivas: Concepto y características	53
3.4. Análisis Jurisprudencial	56
3.5. Acciones Colectivas	58
Conclusiones Parciales	60
Conclusiones Finales	62

Bibliografía	66
Doctrina	66
Legislación	68
Jurisprudencia.....	68

Introducción

La incorporación de la tarjeta de crédito como medio de pago en las operaciones comerciales ha estimulado y fomentado el desarrollo del crédito para el consumo. Esto influye no solamente en la economía de las empresas, sino en la economía general, tanto a nivel nacional como internacional. Es tal la importancia de esta figura que en diferentes países se ha regulado desde el derecho privado el funcionamiento de las mismas.

La tarjeta de crédito se ha transformado en un medio de pago habitual en todas las relaciones de consumo. Tiene una función de crédito porque permite al usuario a consumir sin cancelar en forma inmediata y también de garantía para el proveedor porque recibe la contraprestación también en forma inmediata.

Diversas situaciones han motivado el uso cada vez más frecuente de las tarjetas de crédito. El comercio electrónico, internet, las promociones bancarias, razones de seguridad, entre otros, constituyen causas de utilización a nivel mundial de este medio de pago.

Tal es la magnitud de su expansión que, paulatinamente se ha ido reemplazando el billete por las tarjetas, transformándose en unas de las modalidades más comunes de pago.

Este instituto complejo se reglamenta recién en 1999 con la ley 25.065. Se denomina sistema porque confluyen una serie de negocios jurídicos. Hay diferentes vínculos contractuales entre el emisor y el usuario y entre el proveedor y el banco emisor.

Asimismo, la tutela al consumidor tiene rango constitucional con normas de orden público. Los contratos de tarjeta de crédito son contratos de consumo. La tutela efectiva está dada por un bloque protectorio constituido por la Constitución Nacional, la ley de Defensa al Consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial.

El reclamo individual muchas veces resulta ineficaz para pequeños montos, la efectividad se materializa en la posibilidad de efectuar demandas colectivas. Estas acciones están previstas en el art. 43 de la CN que prescribe que: “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al

usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

La acción conjunta facilita el acceso a la justicia de muchos consumidores agrupados en asociaciones. Es el remedio eficaz que permite visibilizar un reclamo idéntico, que, en forma individual, se perdería por razones de economía procesal. Por ejemplo, el cobro de un cargo fijo no previsto en el contrato por una suma pequeña no resultaría significativa si la petición es individual. Totalmente diferente es el caso que la acción fuera incoada por una asociación que represente a cientos de usuarios afectados por la misma práctica bancaria.

Dado que el reclamo colectivo podría ser la solución ante miles de reclamos individuales, es aquí la importancia jurídica del tema a abordar. Las entidades financieras habitualmente ejecutan prácticas comerciales o incluyen cláusulas en los contratos que pueden perjudicar a los usuarios de la tarjeta de crédito. La acción colectiva puede resultar el medio óptimo para resolver dichas cuestiones.

Se plantea como problema de investigación ¿Cómo se protegen los usuarios de las cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito? ¿La acción colectiva es la herramienta óptima para materializar los reclamos de los usuarios de tarjetas?

De esta manera se plantea como hipótesis de trabajo que las acciones individuales pueden no resultar eficaces para efectuar reclamos de poca cuantía ante las entidades financieras. Por economía procesal, sería muy poco efectivo incoar demandas de montos menores. En cambio, la acción resultaría eficaz si la legitimidad la ostentan asociaciones que representen a miles de usuarios con la misma problemática.

El objetivo general consiste en analizar las acciones colectivas como remedio óptimo para reclamar ante las prácticas y cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas de crédito.

Son objetivos específicos: describir las características de las acciones colectivas, determinar la diferencia entre práctica y cláusula abusiva, indagar sobre las características de los

contratos de adhesión y de consumo, analizar las acciones que tiene el consumidor para defender sus derechos.

En cuanto al aspecto metodológico se utiliza un tipo de estudio descriptivo ya que pretende describir el contrato de tarjetas de crédito entre el emisor y el usuario, su contenido y alcance. También exploratorio porque se quiere esclarecer cual es la consecuencia jurídica de las cláusulas abusivas y los recursos protectorios con los que cuenta el cliente.

Como estrategia de investigación se utiliza el método cualitativo que es el que más se adapta a este tipo de trabajo. Como técnica de recolección de datos se usa la observación de documentos tanto la legislación, doctrina y jurisprudencia.

El período que abarca el trabajo es desde la sanción de la ley 25.065 de tarjetas de crédito hasta la actualidad.

Finalmente, la organización del Trabajo Final de Graduación, está dada en tres capítulos. El primero se refiere al derecho del consumidor, los contratos de consumo y los derechos irrenunciables de los consumidores.

El segundo analiza el contrato de adhesión entre el ente emisor y el titular de la tarjeta de crédito y sus características particulares.

Asimismo, en el último se indaga sobre las prácticas y cláusulas abusivas y las acciones que tienen los consumidores.

Para terminar, las conclusiones finales, en donde se pretende dar una opinión fundada de lo investigado.

Capítulo I:

***“El derecho del consumo: Principales
Aspectos”***

1.1 Introducción

La comercialización masiva de servicios bancarios en una sociedad globalizada, plantea un nuevo escenario acerca de las relaciones contractuales que surgen como consecuencia de la apertura del mercado. La compra por internet de algún producto, cuya cancelación se efectúa con una tarjeta de débito o de crédito, es una operación habitual en estos tiempos.

Las novedosas formas comerciales marcan un cambio de época en que el consumidor es protagonista en un mundo mercantil. La mayor bancarización, la tecnología de internet, las promociones de pagos en cuotas, entre otros, constituyen diversos factores por el cual se incrementó considerablemente el uso de la tarjeta de crédito entre la sociedad. La posibilidad de comprar en el exterior con los servicios puerta a puerta desde el hogar, con este medio de pago, hace que en las prácticas comerciales, el dinero efectivo o billete va cediendo ante los medios de pagos electrónicos.

El derecho no puede ser ajeno a estos cambios. Así surge la necesidad social de reglar estas relaciones de consumo, donde no hay una paridad contractual porque los adquirentes o compradores no tienen la misma capacidad de negociación que el vendedor o proveedor del bien o servicio. Nace de esta manera un derecho específico que es el derecho del consumo.

El centro de este derecho es el consumidor y sus derechos. La tutela a quien adquiere un bien o servicio para sí o para su familia, sin ninguna intención comercial o de lucro, constituye el eje de las relaciones jurídicas

Así en este primer capítulo se abordan los aspectos más relevantes del derecho al consumidor.

1.2. Características del derecho de los consumidores

El derecho del consumidor es la respuesta jurídica a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan nuestras sociedades, como consecuencia de un mundo donde el consumo va en incremento.

Si bien el consumo está presente desde los albores de la humanidad, como medio de satisfacción de las necesidades humanas, se sostiene desde las ciencias sociales que el consumo como práctica social surge con la sociedad moderna, con la función principal de proporcionar al individuo formas de distinguirse de otros grupos de distinto nivel social. (Bauman, 2007)

En esta etapa de posmodernidad, caracterizada también por Bauman (2007) como sociedad de consumo, se interpela a sus miembros fundamentalmente en cuanto a su capacidad como consumidores. La sociedad espera ser escuchada, atendida y obedecida, y la satisfacción consumista se erige como el principal programa de vida.

Barocelli (2015), afirma que la sociedad de consumo se configura por cuatro elementos que se retroalimentan y potencian, a saber:

1. El consumo constituye el medio por el cual las personas satisfacen casi en su totalidad sus necesidades
2. El consumo se da de manera masificada, globalizada y despersonalizada
3. Se generan y se promueve la necesidad de consumir a través de diferentes prácticas comerciales: la publicidad, la moda, la construcción del poder de la marca, técnicas de comercialización agresivas y otras estrategias de mercado
4. El consumo se facilita a través de la masificación del crédito
5. Se torna indispensable en razón de la obsolescencia de los productos

Estas nuevas relaciones jurídicas se diferencian de las posiciones clásicas que ponían en un pie de igualdad a las diferentes partes que componen la relación.

En dichos vínculos hay una desigualdad o vulnerabilidad estructural que pone a los

consumidores en desventaja al momento de negociar.

Tal desigualdad o desequilibrio entre consumidores y proveedores obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en los contextos referidos, que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en subordinación, debilidad o vulnerabilidad estructural, debilidad negocial, inferioridad manifiesta y sean, por consiguiente, mercedores de tutela legal. (Barocelli, 2018)

La vulnerabilidad expresada torna al vínculo jurídico desequilibrado entre los proveedores y los consumidores, lo que requiere de algún tipo de tutela especial por parte del Estado.

Barocelli (2018) describe la vulnerabilidad de los consumidores en cuatro facetas:

- Técnica: toda vez que el consumidor no posee muchas veces conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo y, por lo tanto, puede ser víctima de errores o engaños en cuanto a las características del bien o servicio, sobre su calidad o utilidad o las condiciones de comercialización frente a un sujeto que se desempeña de manera profesional en el mercado
- Jurídica o científica: ya que, debido a la masificación de las operaciones en el mercado y a su superioridad negocial, los proveedores suelen imponer los términos y condiciones de las relaciones de consumo, instrumentando sus operaciones a través de contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación, quedando circunscripta la autonomía de la voluntad al mero asentimiento de decidir contratar o no contratar
- Es socio-económica, material o fáctica, por cuanto son los proveedores los agentes económicos poseedores de los medios y mecanismos de control de la producción, en todas sus fases, y, por tanto, del capital. También, los proveedores son quienes poseen mejores condiciones de acceso a recursos financieros y fuentes de financiación, sumado a que su poder económico se ve muchas veces potenciado por la situación de monopolio, oligopolio, concentración económica o prácticas colusorias del mercado.
- Informativa, en el sentido de que es el proveedor quien está en mejores condiciones de acceder a la información relativa a los bienes y servicios y condiciones en que las operaciones que realizan, colocando de esta manera en inferioridad al consumidor a efectos

de merituar si dichas prestaciones y condiciones se ajustan a sus necesidades.

En respuesta a todo lo descripto emerge el Derecho del Consumidor, “como sistema de normas de principio, de orden público, fuente constitucional, con perspectiva de derechos humanos de tercera generación, transversal, esencialmente protectorio de los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo”. (Lorenzetti, 2009, p.84)

En el derecho argentino se habla de sistema porque el eje del derecho del consumo es la Constitución Nacional, junto con la ley de Defensa al Consumidor y el Código Civil y Comercial, constituyen un bloque legislativo de protección a los consumidores, que será analizado a continuación.

1.3. El consumidor en la Constitución Nacional

La celebración de diferentes Pactos Internacionales de Derechos Humanos durante la segunda mitad del Siglo XX, llevó a los derechos positivos en tener como eje de todo sistema jurídico al hombre y sus derechos.

La Constitución clásica de 1853 protegía al hombre y los derechos civiles o denominados de primera generación. Mientras que la reforma de 1957 incorporó los derechos sociales o de segunda generación.

En el año 1994, se produce otra reforma de la Carta Magna en la que se incorporan los denominados derechos de incidencia colectiva o los que los constitucionalistas denominan de tercera generación.

De esta manera se les da tutela jurídica a intereses económicos como los del consumidor y ambientales. Forman parte de los nuevos derechos consagrados en el Capítulo Segundo, a partir del art. 36.

Los derechos de los consumidores están establecidos en el art. 42, y se dividen en tres partes:

La primera parte del artículo se refiere a que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

La segunda parte habla de la tutela efectiva y garantizar la libre oferta y demanda de productos evitando competencias desleales, Prescribe que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Además, introduce el concepto de las asociaciones de consumidores, dándole legitimidad de acción para defender los derechos

La tercera parte se refiere a la instrumentación de medidas para garantizar tal tutela. Prescribe que la normativa establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Puede observarse que, según las previsiones del artículo en cuestión, los consumidores gozan de dos tipos de garantías. Las sustanciales como las procedimentales.

Badeni (2006) afirma que la tutela constitucional de estos derechos incorporada en la última reforma, surge no sólo de las necesidades de darle un marco suprallegal a dichos derechos, sino que también está enmarcada dentro de los estándares del derecho internacional. Así el consumidor es el eslabón más débil dentro de una relación de consumo en donde los derechos económicos en esta sociedad han adquirido una importancia relevante, por las que el orden jurídico no podía estar ajeno a esta protección.

Analiza Sahian (2017) que dicho dispositivo prescribe en su segundo párrafo, luego de enunciar los derechos sustanciales básicos (a la salud, seguridad e intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno), que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, imponiendo una obligación a todos los

departamentos estatales de arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivo el resguardo de tales intereses.

Pero aún más explícito es el tercer párrafo, en cuanto dispone que legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, con lo que la imperiosidad de pautar herramientas para asegurar la tutela judicial efectiva de los consumidores goza de indubitable cimiento constitucional. Parecería que, a diferencia del primer párrafo que enuncia derechos fundamentales, el último párrafo del art. 42 contiene una norma programática, en tanto generan convicción de la inmediata operatividad de tales remedios. (Sahian, 2017)

Tambussi especifica (2014) que, en el acatamiento de la obligación constitucional de diseñar mecanismos procesales eficientes, se han forjado una serie de tecnologías específicas tendientes a equilibrar, en el marco del servicio de justicia, la asimetría, entre consumidor y proveedor, estimulada por el mercado. Estas estrategias normativas, mayormente encauzadas a través de las denominadas acciones de consumo, revisten disímiles formas: facilitación del acceso a la justicia, disminución de los costes en los litigios, su simplificación y celeridad, mayor eliminación posible de ritualismos excesivos, favorecimiento de la colectivización del pleito, modificación del onus probandi tradicional, una pro-actividad agravada del juez, expansión de ciertos medios defensivos en procesos como los ejecutivos, servicios de asesoramiento y asistencia, participación en instancias conciliatorias, una competencia sumamente celada, el establecimiento de tribunales o procesos de menores cuantías.

Se procura, dar satisfacción a principios de celeridad, inmediación, economía procesal, oralidad, gratuidad, entre otros. Un sector significativo de la doctrina argumenta en favor de una instancia judicial con competencia especial en relaciones de consumo que puede llegar a complementarse con la elaboración de un Código Procesal para ese Fuero del Consumo. Así, como consecuencia del mandato constitucional del art. 42, deben pergeñarse instrumentos que permitan de manera justa, poco costosa, sencilla, rápida y exenta de formalidades, el acceso a la justicia como derecho llave por el cual los consumidores puedan hacer valer el resto de sus derechos. (Martínez Medrano, 2014)

En resumen, explica Stiglitz (2015) que el proceso de constitucionalización de los derechos de los consumidores ha evolucionado, tanto a través de vertientes sustanciales como procesales.

Estas últimas representan garantías procedimentales que el ordenamiento ofrece a los consumidores para asegurarles una tutela judicial efectiva y oportuna, agravada en razón de la vulnerabilidad económica e informativa que pesa sobre ellos, lo que justifica —particularmente en el caso de los consumidores— que aquel derecho se lleve a cabo bajo la vigencia de una nueva concepción de la garantía de igualdad o principio de la igualdad real, que se hace cargo de las diferencias en las asignaciones previas y prevé la tutela de los vulnerables . (Stiglitz, 2015)

Ratifica Badeni (2006) que tales específicas garantías no revisten rango meramente legal, sino que emergen del propio bloque de constitucionalidad, lo que provoca un atrayente diálogo de fuentes entre el Derecho Constitucional, el Procesal, el microsistema de defensa de los consumidores y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además de la multiplicidad de garantías a las que brinda nuestro derecho, por imperativo de los arts. 42 y 43 de la Constitución, germina un concreto derecho de acceso a la solución de conflictos de los consumidores.

De esta manera el consumidor goza del estándar constitucional de protección de sus derechos en una relación de consumo.

1.4. La Ley de Defensa al Consumidor y el CCyC

La ley 24.240 sancionada en 1993 fue la única norma que reglamentó los derechos de los consumidores hasta la sanción del CCyC que adopta los principios contenidos en ella.

Señala Stiglitz (2015) que tanto el Código como la ley de Defensa al Consumidor establecen un piso mínimo de protección pudiendo por normas convencionales ampliar el margen protectorio, pero nunca disminuirlo.

Se analizan directamente los principios contenidos en el CCyC ya que esta norma receptó lo dispuesto en la LDC.

Los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC explicaron que se propuso incluir en el Código una serie de principios generales de protección al consumidor que actúan como una

protección mínima sin que ello signifique un obstáculo para que una ley especial establezca condiciones superiores y a la inversa, ninguna norma podrá afectar ese núcleo duro de tutela.

En materia de interpretación de las normas, establecen los Fundamentos que se argumenta establecer un diálogo de fuentes de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. En esta parte de la argumentación, se atenúa la aparente prelación del Código sobre la ley especial ya que ambas normas juegan en conjunto, y protegen aplicándose aquella que sea más beneficiosa para el sujeto protegido. (Tambussi, 2018)

El vínculo entre el proveedor con el consumidor se denomina relación de consumo, según prescribe el art. 1092. El consumidor es la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza ya sea en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su familia o grupo social.

La característica es la adquisición sin ánimo de lucro, con la intención de su utilización para sí mismo o su entorno. También, el último párrafo, expresa que serán considerados consumidores aquellos que, sin ser parte de la relación de consumo, adquieran productos para sí o su grupo social o familiar

Esta relación jurídica, cuya fuente es el artículo 42 de la Constitución Nacional, resulta de una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación fije, debiendo establecerse de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado, cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles consumo dejaría sin poder considerar supuestos expresamente contemplados por la legislación. Pero en todo caso, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica. (Lorenzetti, 2014)

El CCyC incluye expresamente a los consumidores que son personas jurídicas, por interpretación jurisprudencial, ya que la LDC no lo establece taxativamente. Así Lorenzetti (2014) ejemplifica jurisprudencia anterior a la sanción del CCyC por el en una empresa adquirió un automóvil para el traslado de sus empleados. Así determinó que la ley 24.240 es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial, en el caso, traslado de sus miembros y empleados, pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien.

Continuando con el análisis, el art. 1093 se refiere al contrato de consumo, como aquel “celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.”

La amplitud de la norma nos remite a las palabras de Farina (2010) a que en materia de defensa al consumidor, el concepto de prestación de servicios es más amplio que el del contrato de locación de servicios que regula el derecho civil, pues comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa, sino, mediante el servicio del prestador, lograr el uso o goce de una cosa en virtud del quehacer humano o del funcionamiento de una máquina o elementos electrónicos, así como cuando tiene por objeto un asesoramiento, transporte, asistencia de cualquier naturaleza, seguro, hospedaje, administración de un fondo común, etc., sin importar que se trate de una obligación de medios o de resultado. Esta definición es fundamental para el tema que nos ocupa que es la relación crediticia entre un banco emisor de una tarjeta de crédito y el usuario.

Tomamos las palabras de Wajtraub (2015) en referencia al contrato de consumo, ya que este no importa significar un tipo o especie contractual determinado, sino que, por el contrario, se está haciendo alusión a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos.

Por eso, más allá del objeto del contrato, en caso de los contratos bancarios, si una de las partes responde a los presupuestos para ser considerado consumidor, resulta aplicable la legislación consumeril.

Otro aspecto que reiteramos es la necesidad de protección hacia el consumidor. Dicha tutela se manifiesta en el art. 1094, al prescribir que todas las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser interpretadas de acuerdo al principio de protección al consumidor y el acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la aplicación del Código o de leyes especiales, siempre prevalece la más favorable al consumidor.

En el mismo sentido, el art. 1095 establece que el contrato de consumo será siempre interpretado a favor del consumidor. Si existen dudas sobre los alcances de una obligación se adopta la menos gravosa.

Así explicita que hoy existen normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación. Son estos los argumentos por los que se propuso incluir una serie de principios que constituyen una protección mínima.

El efecto de este piso continúa, argumentando el legislador en los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC, son: a.- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.

Esta interpretación normativa sigue la línea o concordancia con lo estipulado oportunamente en la LDC. De la finalidad que persigue el microsistema de protección de los consumidores es el de crear una cobertura amplia y completa, habilitando la posibilidad de tomar preceptos ajenos a la propia ley específica y posibilitando una integración de todas las normas y principios del derecho privado patrimonial que sean aplicables a las relaciones de consumo. En base a ello no será menor dilucidar el alcance o límite de la integración normativa, teniendo en cuenta que la Ley de Defensa del Consumidor señala que su aplicación debe

efectuarse de modo integrado con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. No dice que se integra con otras leyes, sino con las vinculadas al consumidor, con lo cual se reconoce la autonomía del microsistema. (Lorenzetti, 2014)

Así, expresa Rivera (2015) se puede decir que en la tarea de interpretar la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue, y con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma. El régimen jurídico del consumidor tiene un claro objetivo protectorio.

Luego de la sanción del CCyC, la norma más beneficiosa con efecto retroactivo aplicable a los consumidores vulnerables, se incorpora como principio. Los principios se comportan como máximas o pautas extraídas de los fines de una rama del derecho que son tenidas como la esencia de esa esfera del saber jurídico y se encuentran estrechamente ligados a los derechos que se extraen de las normas. En el caso del derecho que estudiamos, se trata de principios protectorios, ideados a los fines de disminuir el alea natural de debilidad en que se encuentra el usuario frente al proveedor que se encuentra inerme frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona.¹

En definitiva, podemos decir que este sistema de protección mínimo está constituido por un núcleo compuesto por normas inflexibles como la Constitución Nacional y el CCyC, y por leyes especiales que pueden ser variables según el tiempo y las circunstancias o actividad.

1.5. Deberes de los proveedores

El derecho consumeril establece una serie de derechos específicos de los consumidores, los que se transforman en deberes para la otra parte de la relación de consumo. Teniendo en cuenta

¹ CNCiv., sala H, "Trigueros, Raúl O. c. Vaitech Internacional s/ daños y perjuicios" La Ley on line AR/JUR/31191/2015.

el orden público de este sistema jurídico, los proveedores están obligados a cumplir ciertas obligaciones a las que cualquier cláusula de renuncia a esta obligación será considerada como no escrita o nula, según el caso.

Entre los deberes esenciales podemos distinguir:

1.5.1. La libertad contractual

Es un principio fundamental de todo el régimen jurídico argentino. Más aun, principio que se realiza en el derecho del consumo. Este precepto contractual en caso de los contratos de ejecución continuada debe estar presente en todo momento de la vida del contrato.

El Código en su artículo 1099 establece que están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, especialmente aquellas que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que tengan el mismo propósito.

La consideración de esta prohibición es de extrema importancia para nuestro trabajo porque según las prácticas bancarias, la entrega de una tarjeta de crédito, viene asociada con una apertura de caja de ahorro o cuenta corriente, en consecuencia, el banco vende dos productos financieros en forma simultánea, subordinando la entrega de la tarjeta a la bancarización del cliente, es decir la apertura de una caja de ahorro o cuenta corriente.

Estas prácticas que subordinan la provisión de un servicio o producto a la adquisición simultánea de otro, se denominan cláusulas atadas, prohibidas en el derecho estadounidense, y en la Unión Europea. Se basan en la teoría económica de la influencia, que postula que puede ser usada por la empresa que posee poder de mercado respecto del producto de anclaje para inducir o forzar la compra del producto atado. De esta forma se expande la influencia que se posee en un mercado hacia otro, en el cual no se posee poder. (Lorenzetti, 2014)

1.5.2. La información al consumidor

En la misma línea que el art. 42 de la Constitución y el art. 4 de la LDC, el art. 1100 prescribe la obligación del proveedor de brindar información cierta y detallada de los aspectos esenciales del producto o servicio que brinda y de las condiciones de contratación. Se destaca de esta manera información veraz, adecuada y suficiente que deberá recibir el consumidor durante todo el vínculo contractual.

El derecho fundamental a una información adecuada y veraz, en términos de la LDC, se traduce en que sea clara, precisa, veraz, detallada, suficiente, gratuita, oportuna y en idioma nacional (art. 4º, LDC).

La información, a su vez, no debe ser redundante. Esto se relaciona con los caracteres mencionados previamente: si esta redundancia atenta contra la claridad y comprensión estará fallando al objetivo primario de la información. El deber de información está íntimamente ligado a uno de los principios generales del derecho: la buena fe (art. 9º del CCyC). Este principio exige hablar claro, no ocultar información necesaria para la deliberación, requerir también la información que se considere necesaria para el propio discernimiento (Tambussi, 2018)

El Decreto 27/2018 modifica el art. 4 de la LDC, adaptando la información a las nuevas tecnologías. Establece que la información es siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de que no esté determinado el soporte, deberá ser electrónico. Por su parte, los contratos obligan tanto a lo que está formalmente expresado, como también a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos.

En materia jurisprudencial, en una causa por la entrega de aparatos móviles que no fueron utilizados nunca y no solo fueron rechazados por el consumidor sino que la empresa de telefonía móvil cobro por meses cargos por dichos aparatos, la Cámara ha dicho que respecto al derecho de información, se destaca que la puesta a disposición del consumidor de información veraz, adecuada y suficiente, resulta esencial no solo para decidir la celebración del contrato de consumo sino también la continuidad del vínculo. En efecto, en los contratos de consumo de ejecución continuada, el cumplimiento de ese deber por parte del proveedor se extiende durante la vigencia

de la relación y resulta de esta manera esencial para que el consumidor pueda decidir la continuidad de esa relación. La contratación inicial y la decisión en orden a la continuidad o discontinuación del vínculo son dos manifestaciones de la libertad de contratar amparadas por el régimen normativo.

En el caso de análisis, el proveedor había ofrecido el servicio bajo condiciones de gratuidad por el plazo de dos meses, pero no informó de manera cómo se computaría ese plazo. A posteriori, adujo que el mismo debía ser computado desde la aceptación telefónica del mismo por parte del consumidor o desde que la empresa los activó unilateralmente. El tribunal sostuvo que esa práctica constituía una burda maniobra destinada a captar clientes desprevenidos. De esta manera, la ausencia de información clara al respecto tuvo incidencia determinante no sólo en la contratación inicial del servicio, sino también al momento de intentar su discontinuación.²

Tomamos las palabras de Llamas Pombo (2013) por lo que el deber de información reconoce ciertas características de amplio consenso doctrinario, como ser los hechos susceptibles de influir en la decisión del consumidor. Esta obligación del proveedor configura un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a los consumidores la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebración del contrato, los datos que hagan a la invalidez del contrato, los referentes a los vicios de la cosa, los relativos a la funcionalidad de la cosa o servicio.

La información que el prestador debe brindar es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato. El proveedor no tiene un derecho adquirido a la pasividad ni a un comportamiento que sólo traduzca expectativas con relación al activismo del otro, y no se requiere intención, ya que el incumplimiento del deber de información es de carácter objetivo. (Llamas Pombo, 2013)

1.5.3. Trato digno

Otra de las obligaciones del proveedor es el trato digno. De raigambre constitucional, el deber de trato digno debe estar presente en toda la relación contractual.

² CNApel. Civ yCom., Sala II, "Serra, Melchor Esteban c. AMX s/ incumplimiento de contrato" La Ley on line AR/JUR/24287/2017

El art. 8 bis de LDC prescribe que los proveedores deben garantizar las condiciones de atención, trato digno y equitativo a los consumidores de productos y usuarios de servicios. Para ello deben abstenerse de realizar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones avergonzantes o intimidatorias.

Señala Kemelmajer de Carlucci (2012) que "vergonzante" es todo aquello que puede resultar deshonroso, humillante, perturbador. Se trata de evitar situaciones que pongan al consumidor en vergüenza, ridículo, absurdo o incomodidad. "Vejatorio" alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos. "Intimidatorio" refiere a comportamientos que infunden temor. Claro está, la calificación de abusiva depende de las circunstancias del caso y de cómo se llevan adelante ciertas prácticas comerciales.

La normativa está en consonancia con el art. 1097 que se refiere al trato digno, y el respeto de los proveedores hacia los consumidores. La dignidad debe considerarse de acuerdo a los criterios generales que establecen los tratados de derechos humanos.

El deber de trato digno tiene como finalidad el respeto hacia la persona humana en el vínculo que éstas entablan con los proveedores en el marco de relaciones o contratos de consumo. Este derecho, analizado bajo la perspectiva de las relaciones de consumo de ejecución continuada, debe comprender también el reconocimiento al consumidor de canales de comunicación rápidos y adecuados para manifestar la voluntad de discontinuar el servicio, la entrega de una constancia adecuada de esa manifestación y una rápida implementación de la rescisión del vínculo. (Lorenzetti, 2014)

Sobre el particular, sostienen Herrera, Caramelo y Picasso (2014) que el derecho de acceso al consumo supone a un acceso digno y equitativo, lo que significa, sin menoscabo a los atributos esenciales del consumidor como ser humano, que aparecen afectados no solo en razón de tratos discriminatorios o arbitrarios, sino también cuando el aprovechamiento importa menguar las pretensiones de dignidad y equidad del público.

Explican los autores que el trato equitativo es el trato razonablemente igualitario. Un proveedor puede tener alguna atención especial con relación a un buen cliente, lo que es propio

de las prácticas comerciales, pero no puede incurrir en conductas que conlleven una desigualdad sustantiva de trato o un trato discriminatorio respecto de algún consumidor o usuario

La jurisprudencia da cuenta de numerosas situaciones en las cuales se determinó la infracción por parte de los proveedores del deber de trato digno.

En el año 2005, un tribunal cordobés condenó por daño moral a una empresa telefónica por el maltrato y agravios sufridos por un cliente que fue hacer un reclamo hasta una sede, de parte de una empleada de la compañía. Entre los argumentos que sostuvo la Cámara es que la existencia del derecho a la dignidad humana es uno de los principios fundamentales del hombre que debe ser tutelado por cualquier Estado moderno, y una de sus más eficaces funciones es la de poner coto o límite a eventuales excesos a los proveedores de servicios.³

También puede citarse un fallo contra un reconocido supermercado, de la Cámara bonaerense. El damnificado compró un televisor en cuotas con la tarjeta de crédito que emite el supermercado. La entrega se demoró más de dos meses y aun así en los resúmenes de cuenta se le cobró gastos adicionales no previstos en la oferta. Se dictaminó que en el caso en particular estas prácticas de someter al consumidor a esperas injustificadas imputables al proveedor y la generación de gastos adicionales e imprevistos constituyen una violación a la dignidad y al deber de trato justo previsto en la Constitución Nacional y en toda la normativa protectora del derecho al consumo.⁴

1.5.4 La publicidad

Un aspecto que ha sido legislado cuidadosamente es el de la publicidad. Para evitar distorsiones y errores interpretativos en la propaganda de productos y servicios, el art. 1103 reza que todas aquellas precisiones que estén descriptas o formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares o cualquier otro medio de difusión, se consideran incluidas en el contrato y obligan al oferente.

³ C.Civ.yCom, 4ºNom., Sala C, "Cuello F. c/Telecom-Personal" La Ley 2005, C-649

⁴ CCiv. y Com. San Martín, sala I, "L. M. G. c. Carrefour y otros s. Daños ", La Ley on line AR/JUR/30581/2015

Es importante establecer que, en materia de interpretación del mensaje publicitario, no interesa la intención del autor, como en los contratos, sino la interpretación que le da el consumidor medio. Se aplica una interpretación global, indivisible, salvo en aquellos casos en que hay una parte llamativa o captatoria, cuyo principal sentido es captar la atención del público. Para el Código, las precisiones contenidas en la publicidad, no importando el medio utilizado para su difusión, integran el contrato con el consumidor, con lo que se establece que éste tiene la facultad de exigir las prestaciones propias de cada producto o servicio, tutelando de esta manera las expectativas económicas jurídicamente razonables generadas por la publicidad. (Lorenzetti, 2014)

Nos remitimos al art. 1101 que establece la prohibición de cierta publicidad que:

- a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio
- b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor
- c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Debe recordarse que "el mercado de bienes y servicios se caracteriza por la utilización de instrumentos, como la publicidad, con los que los empresarios aproximan sus ofertas a los consumidores. Estos instrumentos cuando acogen la forma de comunicaciones comerciales pueden quedar acogidos dentro del concepto de publicidad. Es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico jurídico, y en un mercado de libre competencia la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios" (Stiglitz, 2014)

En la economía de mercado, sostiene Stiglitz (2014) la publicidad constituye una herramienta primordial de la competencia y siendo todo acto de publicidad un acto de competencia es lógico que también quede sujeto a las reglas de lealtad concurrencial, por lo que la regulación de la publicidad comparativa como parte de los actos de deslealtad en el plano del mercado es coherente con un sistema que pretende una competencia sana y transparente.

Tambussi (2015) argumenta que este tipo de propaganda constituye una deformación de la publicidad comercial que presenta el producto a vender o el servicio a prestar y que tiene por objeto obtener la adhesión de la clientela mediante un mensaje inexacto o tramposo. El efecto de la publicidad engañosa es la frustración de la legítima expectativa que el consumidor tenía respecto del bien o servicio objeto del contrato y de la cobertura de la necesidad que con el mismo procuraba atender. Traiciona la veracidad como valor, y la confianza como principio y presupuesto del acto de consumo, ante la revelación de la mera apariencia o el descubrimiento del ardid por lo que puede involucrar aristas vinculadas con el derecho penal.

En el mismo orden, explica Lorenzetti (2016) que el carácter engañoso puede presentarse de distintas maneras, a veces bajo maquillajes muy sutiles, ya en forma positiva, a través de lo que la publicidad “dice” explícitamente o “sugiere” a través de imágenes o bien por omisión, cuando se silencian aspectos relevantes que, de buena fe, deberían ser difundidos para una cabal información del potencial consumidor o usuario. En este último caso, la actitud silente debe estar referida a datos esenciales del bien o del servicio al punto de crear una imagen falsa de uno o de otro; quien se ve privado de información relevante y veraz. La publicidad engañosa está en pugna, además, con tres principios fundamentales del derecho del consumo: el de equilibrio, el de veracidad y el de confianza en la apariencia desplegada. Por último, se erige en un instrumento de distorsión del mercado, al permitir que ciertos proveedores profesionales puedan obtener, por este tipo de prácticas, réditos económicos indebidos, a expensas de otros que actúan honestamente.

Es basta la jurisprudencia que condena la publicidad engañosa que perjudica al consumidor, En este caso e impuso una multa de \$400.000 a una empresa que promocionó unas zapatillas a las que atribuyó propiedades terapéuticas o estéticas no reconocidas ni autorizadas, en infracción al art. 9 de la ley 22.802 y al artículo 1101 del CCyC. Apelado el decisorio, la Cámara lo confirmó. Argumentó el Tribunal que la multa impuesta a una empresa por promocionar un producto al que atribuyó propiedades terapéuticas o estéticas no reconocidas ni autorizadas, en el caso, zapatillas que ayudarían a la pérdida de peso y a corregir la postura corporal, debe confirmarse, ya que la publicidad resulta engañosa para el consumidor en los términos del art. 9 de la ley 22.802 y del art. 1101 del CCyC, en tanto no cuenta con información científica de las propiedades del producto

promocionado y desconoce las recomendaciones que deben hacerse a las personas que presenten factores de riesgo.⁵

De esta forma se han tratado los aspectos más relevantes en derecho del consumo que son aplicables al contrato de tarjetas de crédito y la protección del sistema jurídico a los consumidores.

Conclusiones Parciales

El derecho de los consumidores surge respuesta a las nuevas relaciones y lazos comerciales y mercantiles que se presentan en una sociedad de consumo.

La última reforma constitucional incorpora estos derechos de incidencia colectiva. Además, les da el reconocimiento a las asociaciones de consumidores como defensoras de estos derechos, con la legitimidad procesal necesaria para iniciar las acciones administrativas y judiciales necesarias.

El derecho argentino ha creado un sistema de protección de los consumidores, con normas de orden público. El eje de tutela es la debilidad estructural del consumidor frente al proveedor, quien por diversos factores por ejemplo técnicos y económicos tiene una ventaja en el poder de negociación. La voluntad del legislador es acercar las posiciones y evitar una asimetría tan marcada entre ambos contratantes.

Ante esta situación, la legislación le impone al proveedor ciertos deberes que tendrá que respetar en la relación negocial como la información, el trato digno y equitativo.

Si bien desde la sanción del CCyC funciona este núcleo mínimo de protección, en la realidad quedan aún muchos caminos por andar en cuanto a la necesidad de instrumentar medios efectivos para los incumplimientos de los proveedores ya que los tiempos de la justicia son muy diferentes a las respuestas que necesitan los consumidores por las arbitrariedades de los proveedores, como lo demuestra la jurisprudencia.

⁵ C.N.Apel.Cont.Ad. Fed., Sala I, “Cia Argentina de Marketing c/DNCI s/lealtad comercial. LLon line AR/JUR/25427/2016

Capítulo II:

“El contrato de Tarjeta de Crédito entre el emisor y el usuario”

2.1. Introducción

El desarrollo tecnológico y el uso de la informática en todos los aspectos de la vida diaria, han modificado los hábitos de consumo. Las transacciones comerciales en línea vía internet son cada vez más frecuentes.

Las operaciones celebradas en el amplio mundo del mercado de servicios financieros pueden tener como actor económico al consumidor. Entre las habituales que celebra pueden ser: depositar sus ingresos, para invertir sus ahorros, como también tomar crédito con fines de aplicarlo a la satisfacción de sus propias necesidades, o a las de su grupo familiar o social. Asimismo, entre estas últimas operaciones está el financiamiento con las tarjetas de crédito.

Estos vínculos presentan particularidades de índole económica que tienen implicancias jurídicas en orden a su objeto, a las reglas de comportamiento y a los valores que estos actores económicos deben observar y comprometen en su ámbito.

La Argentina se encuentra dentro de este mundo globalizado, en que la informática cambió los usos y costumbres comerciales. Las transacciones físicas con pago de billetes disminuyen por diferentes razones mientras que se incrementa el uso de otros medios de pagos electrónicos.

Uno de los instrumentos más utilizados en el comercio tanto físico como virtual, es la tarjeta de crédito.

La ley 25.065 reglamenta las tarjetas de crédito. Se habla de sistema porque abarca diferentes contratos. Entre el banco emisor y el usuario, por un lado, y el proveedor con el emisor, por otro. En esta parte se analizará el contrato entre el usuario y la entidad emisora.

La normativa aplicable a estas relaciones jurídicas, según lo dispuesto en el art. 2 de la mencionada norma, es el Código Civil y Comercial y la ley de Defensa al Consumidor.

Cabe destacar que la tipología de contratación de una tarjeta de crédito corresponde a los denominados contratos por adhesión y se incluyen como contratos de consumo, ya que según la legislación vigente el usuario es un consumidor de servicios financieros.

2.2. El contrato de adhesión: Características generales

Con el incremento de las diferentes relaciones comerciales, en los últimos tiempos se ha potenciado el fenómeno de la contratación masiva. El uso de las tarjetas de crédito, por su parte, responde a este tipo de modalidad. El exponencial aumento de las mismas es consecuencia, entre otros factores, de los adelantos tecnológicos.

No sería posible la elaboración diaria por parte de las entidades financieras, de una discusión contractual de cientos de contratos de emisión de tarjetas, por eso se utilizan las modalidades de adhesión a cláusulas predispuestas.

En este orden, explica Stiglitz (2016), este ritmo de contratación masiva impide controlar con exactitud los presupuestos del negocio particular y deben ser suficientes la apariencia y la buena fe.

Para que esta necesidad de contratación masiva pueda materializarse por parte de los bancos, se generaron modalidades más eficientes de contratación, en particular, la predisposición de cláusulas contractuales a las cuales las partes, o una de ellas, simplemente adhieren, o la elaboración de ciertas condiciones generales destinadas a regir los contratos que se celebren en lo sucesivo. Estas modalidades se presentan con varios matices, siendo las tarjetas de crédito uno de los contratos bancarios de adhesión más frecuentes.

Un criterio de distinción de este tipo de negocio jurídico es el de la profesionalidad de una de las partes, enfrentada al carácter lego de la otra. Aunque esa categoría se ha opuesto a menudo a la del consumidor de los bienes o servicios ofrecidos por el profesional, en realidad, la falta de igualdad se presenta en toda contratación en la que una parte, a diferencia de la otra, provee profesional y regularmente de bienes o servicios de una especie determinada a otra u otras partes que, aunque los utilicen en su propio proceso productivo y no las afecten a su uso o consumo

personal, desconocen, o están poco familiarizados con los detalles técnicos de las prestaciones objeto de la contratación. (Stiglitz, 2016)

La idea tradicional de contrato no se condice con la contratación en masa. No es posible, continúa Stiglitz (2016) que la empresa moderna-en este supuesto la entidad financiera- utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial, que es también de reducción de costos, determina la necesidad del contrato único o del contrato tipo preestablecido por medio de formularios y de impresos. La libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar, -o en su caso rechazar-, el único contrato posible.

Cuando se trata de contratos con un contenido tipo, una de las partes establece las condiciones o cláusulas del contrato y la otra se limita a prestar su adhesión, si desea contratar.

La diferencia esencial respecto del contrato tradicional, libremente consentido en cuanto a su celebración, y también libremente negociado en cuanto a su contenido, es la desaparición de partes substanciales de esta última libertad, si no de toda ella, por lo menos para una de las partes del contrato. Para decirlo en términos muy generales, la reacción del derecho frente a estos desequilibrios es la de sustituir el apego a la voluntad recogida o expresada en el contrato, por la búsqueda de un equilibrio sinalagmático y de la racionalidad en las obligaciones asumidas por las partes (Rezzónico, 2015)

Afirma Manóvil (2016) que los fenómenos de estandarización y de automatización de la materia contractual dan lugar a los contratos de adhesión o contrato tipo, con un contenido preformulado, denominado hoy condiciones generales de la contratación. Hoy, el poder de determinación contractual se ve superado por nuevas realidades como lo son la estandarización de las relaciones jurídicas, la masificación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, entre otros fenómenos que

se presentan en la realidad contractual moderna. El destinatario de la oferta no tiene libertad de configuración, sino sólo de conclusión.

La estandarización del contrato se manifiesta en que la prestación del consentimiento es una mera adhesión al clausulado previamente redactado y que dicho articulado es uniforme para todos los contratos que se celebren con el estipulante.

Manóvil (2016) señala como ventajas de esta modalidad contractual las siguientes: a) implica una economía de gastos, por la simplificación de los negocios a través de la contratación uniforme y estandarizada; b) ahorro de tiempo, al suprimirse la discusión individual de cada contrato, confiriéndole celeridad a las contrataciones; c) disminuye la litigiosidad, al regular todos los aspectos de la contratación en forma tal de evitar posibles conflictos.

No obstante las ventajas apuntadas, se señala como desventaja, el hecho de que al contratar el cliente sobre la base de formularios pre-redactados, sin posibilidad de discutir su contenido, la situación se presta a que la parte que ha redactado el contrato incluya cláusulas que disminuyan los derechos del cliente, colocándolo en una situación de inferioridad o de debilidad jurídica, por lo que las condiciones generales deben estar sometidas a controles rigurosos, que impidan el abuso de la situación dominante del predisponente, con relación al contratante más débil.

Por lo tanto, las cláusulas que son admisibles en un contrato no negociado, deben ser sometidas a un control judicial para moderarlas, declararlas nulas o inoponibles al adherente cuando son irrazonables. Entiéndase de esta manera que, este criterio fue así definido con relación a disposiciones que una persona razonable no hubiera esperado encontrar en el contrato, o como las que no hubieran sido consentidas por una persona razonable en condiciones de negociación equilibrada, o las que rompan las expectativas razonables del adherente. (Diez Picaso, 2007)

2.3. Contrato de emisión de tarjetas: Características particulares

Otra de las características a mencionar, es que el sistema de tarjetas constituye la figura típica de conexidad contractual, siendo un negocio jurídico con un fin común.

Cita Raponi (2014) que una de las manifestaciones de las redes contractuales generadas a partir del contrato de tarjeta de crédito son los denominados paquetes de productos financieros o multicuentas que los bancos ofrecen al público en conjunto (tarjetas de crédito y débito, cuentas corrientes, cajas de ahorro, préstamos personales, acuerdos de sobregiro, etc.). Pese a no existir un nexo funcional entre los distintos negocios jurídicos enlazados, estas modalidades permiten al predisponente realizar acciones concertadas en interés propio y exclusivo según sus conveniencias operativas (además, desde luego, de depararle una mayor rentabilidad), como conferirle al emisor la facultad de compensar saldos entre distintos productos, de imputar pagos a su arbitrio, de transferir débitos o cancelar cuentas.

La ley 25.065, como se explicitó, se refiere a los contratos de tarjetas de crédito como sistema. Lo describe como un conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales. La finalidad es:

a) Posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos.

b) Diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato.

c) Abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados.

La definición de tarjeta de crédito está dada en el art. 4 y se refiere 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”.

En referencia, explica Raponi (2014) que este plástico constituye el instrumento del contrato, siendo un elemento meramente probatorio. Mediante el mismo, el usuario titular acredita que está adherido al sistema.

En el art. 6 están especificados los requisitos del contrato de emisión de tarjeta, entre ellos podemos mencionar:

- Plazo de vigencia especificando comienzo y cese de la relación (plazo de vigencia de la tarjeta).
- Plazo para el pago de las obligaciones por parte del titular.
- Porcentual de montos mínimos de pago conforme a las operaciones efectuadas.
- Montos máximos de compras o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales autorizados.
- Tasas de intereses compensatorios o financieros.
- Tasa de intereses punitivos.
- Fecha de cierre contable de operaciones.
- Tipo y monto de cargos administrativos o de permanencia en el sistema.
- Procedimiento y responsabilidades en caso de pérdida o sustracción de tarjetas.
- Importes o tasas por seguros de vida o por cobertura de consumos en caso de pérdida o sustracción de tarjetas.
- Firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora.
- Las comisiones fijas o variables que se cobren al titular por el retiro de dinero en efectivo.
- Consecuencias de la mora.
- Una declaración en el sentido que los cargos en que se haya incurrido con motivo del uso de la Tarjeta de Crédito son debidos y deben ser abonados contra recepción de un resumen periódico correspondiente a dicha tarjeta.
- Causales de suspensión, resolución y/o anulación del contrato de Tarjeta de Crédito.

Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad de las partes y la integridad del instrumento, establece el art. 170 del Decreto 27/2018.

Las condiciones que deben reunir los contratos de emisión de tarjetas, según lo dispuesto en el art. 7 de la mencionada norma, son:

- Debe redactarse en tantos ejemplares de un mismo tenor para el emisor, el titular, el eventual fiador personal del titular y también para el adherente o usuario autorizado que tenga responsabilidades frente al emisor o los proveedores.
- El contrato deberá redactarse claramente y con tipografía fácilmente legible a simple vista.
- Aquellas cláusulas que generen responsabilidad para el titular adherente deberán estar redactadas mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados
- Deberán estar debidamente autorizados y registrados por la autoridad de aplicación.

El art. 8 determina que la relación contractual queda perfeccionada cuando se firma el mismo, se emiten las tarjetas y el usuario las recibe de conformidad.

Los requisitos se complementan con lo estipulado en el CCyC para los contratos de adhesión. La figura bajo estudio constituye una especie del género de adhesión.

El CCyC ratifica lo dispuesto en la norma 25.065 al prescribir que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. Prescribe la nueva codificación que la redacción de estos contratos debe ser clara, completa y fácilmente legible. Además, se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. También dicha disposición es aplicable a las contrataciones telefónicas, electrónicas o similares. (art. 985)

La autosuficiencia también presenta un problema de interpretación que puede hacerse, contra el predisponente. Pero será muchas veces necesaria la interpretación judicial acerca de la autosuficiencia, que también es un concepto jurídico indeterminado. (Boggiano, 2017)

En cuanto a la interpretación de sus convenciones, por las características de estas operaciones financieras, hay que remitirse a lo dispuesto en el art. 986 del CCyC que reglamenta las cláusulas particulares. Una aproximación a su significado: son aquellas que, aunque negociadas

individualmente, amplían, suprimen, limitan o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, siempre prevalecen estas últimas.

Por otra parte, las cláusulas particulares, dice Boggiano (2017) son las que negocian individualmente la ampliación, limitación, supresión o interpretación de una cláusula general. Hay diferencia entre cláusulas especiales para un contrato y cláusulas particulares. Las cláusulas especiales son para un contrato individual. Por un lado, hay modificaciones (ampliación o limitación), por otro, hay supresión o exclusión; y, por otro, hay interpretación.

Sea como sea, las cláusulas negociadas prevalecen. Pero no hay un problema de prevalencia o jerarquía. Hay un problema de incorporación o no. Es obvio que las modificaciones y las interpretaciones hacen desaparecer las cláusulas generales originarias. No prevalecen, rigen exclusivamente. (Manóvil, 2016)

La unilateralidad es uno de sus rasgos más característicos, sostiene Lorenzetti (2014). La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponente, lo que significa que el adherente no participa en la redacción ni influye en su contenido.

Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la rigidez del esquema predeterminado por el empresario. Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula. El tramo íntegro de las tratativas precontractuales en punto al contenido de las condiciones generales se halla suprimido. (Lorenzetti, 2014)

Rivera (2015) expresa que esta modalidad constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual. De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente. La ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo, que caracteriza a la contratación discrecional y que se desenvuelve desde la etapa de tratativas, queda sustituida por un simple acto de adhesión a un esquema predeterminado unilateralmente.

Por lo expuesto, podemos concluir que el contrato de tarjeta entre el emisor y el usuario, es un contrato de adhesión con cláusulas especiales dada la especificidad del negocio jurídico que conlleva el uso de la tarjeta de crédito.

Se reitera, en consecuencia, la total pertenencia de la figura bajo estudio como contrato de adhesión con cláusulas predispuestas. Los bancos emiten formularios pre-impresos en los que se colocan los datos del solicitante de la tarjeta y así con la firma y entrega de los plásticos, queda perfeccionado el contrato, sin la posibilidad de que exista alguna negociación de los términos contractuales.

Finalmente, citamos un fallo de Cámara condenado a una entidad bancaria por el incumplimiento de los deberes de información, trato digno e inicio de un vínculo contractual que nunca fue consentido.⁶

Los hechos es que el banco a través de la solicitud de una tarjeta de crédito que el actor nunca recibió, abrió una cuenta corriente (sin su consentimiento), de la cual debitó automáticamente gastos administrativos. De esta manera, y al generarse saldos deudores en contra del actor, éste efectúa una denuncia por ante el Órgano Municipal de Defensa del Consumidor, instancia en la que el banco ofrece condonar la deuda (que, cabe destacar, el actor nunca generó), sin perjuicio de lo cual continuó en su reclamo, informando la situación de deudor del consumidor como de "alto riesgo" al BCRA y demás organismos de información crediticia.

El demandado nunca contestó la demanda por lo cual fue declarado en rebeldía. Así la Cámara condenó al Banco por daño moral y aplicó una multa civil en concepto de daño punitivo.

Se puede analizar que son varios son los elementos que llevan al Tribunal a arribar a dicha conclusión:

- a) Se ha incumplido con el deber de información: nunca se advirtió a la actora sobre la existencia del contrato de cuenta corriente conexo, el que se abrió sin su consentimiento.
- b) Dicha cuenta generó saldos insolutos que fueron informados al BCRA y otras entidades.
- c) Ante la denuncia formulada en el ámbito administrativo, el demandado se comprometió a

⁶ C.Apel. Civ. Com. 2°, Bahía Blanca “ RR.P c/Banco de Galicia” La Ley on lineAR/JUR/6238/2014

condonar la deuda e informar dicha situación, compromiso que incumplió.

d) La conducta procesal evidenciada (al no contestar la demanda), la que se valora negativamente.

Concluimos así el análisis de algunas situaciones particulares que generan reclamos judiciales. El usuario, como se describió está protegido por las normas de Defensa al Consumidor, considerando, además, que la ley 25.065 también establece convenciones de orden público que no pueden ser modificada por la voluntad de la entidad emisora o del usuario. (art 57 LTC)

2.4. El resumen mensual

Este contrato bajo análisis tiene algunas características como la emisión del resumen de operaciones. Normado en los artículos 22 y 23 de la LTC, se prescribe que el emisor tiene el deber de remitir o entregar al usuario un detalle mensual de sus operaciones que haya realizado el titular o sus autorizados.

El resumen deberá contar con una serie de requisitos mínimos a efectos de que el titular conozca la composición de su deuda. Entre ellos: fecha de cierre de las operaciones y fecha posterior de cierre, detalle de cada consumo, monto máximo de límite de compra, detalle de intereses financieros y compensatorios, entre otros.

Un punto a destacar es que, desde la sanción de la ley, el resumen era enviado al domicilio declarado por el usuario. Debido a los avances tecnológicos, el Decreto 27/18 modificó la redacción original, facilitando que, a opción del emisor, el resumen puede ser enviado a su correo electrónico, salvo que expresamente el usuario requiera su envío vía soporte papel.

Cuando el titular no está de acuerdo con el listado de consumos, gastos o intereses liquidados tiene la opción de impugnar o cuestionar la liquidación dentro de los treinta días de recibido el mismo, aportando todo dato que considere pertinente a efectos de esclarecer el error, según lo estipulado en el art. 26 de la norma crediticia.

En determinadas oportunidades se planteó si ante la falta de recepción del resumen, -que constituiría una falta al deber de información-, el titular puede dejar de abonar la deuda generada por sus compras.

Durante el tiempo que dura la impugnación, el emisor no podrá impedir ni dificultar el uso de la tarjeta mientras no se supere el límite de compras. Sí podrá exigir el pago mínimo por las compras no impugnadas. (art 28)

El cuestionamiento de las cuentas, explica Muguillo (2010) debe ser en los términos de la ley. Esto es por escrito y detallando claramente el error atribuido, pero además aclarando todo dato que sirva para esclarecer el diferendo. Ello significa adjuntar los verdaderos cupones, la transacción en línea, la factura, etc. La observación deberá ser específica, precisa y determinada.

Esto conlleva a la obligación del pago por la parte no impugnada o del monto mínimo establecido en el resumen.

Así la actitud impugnatoria genérica o el desconocimiento de los consumos liquidados no conforma el ejercicio válido de la impugnación privada que reconoce la ley al usuario y constituye un abuso del derecho, pues es dable pensar que si no ha mediado denuncia de robo, extravío o fraude, el usuario es quien ha hecho uso efectivo de la tarjeta para la obtención de los bienes y servicios que se le liquidan, no pudiendo efectuar un reclamo o impugnación genérico con la sola base de no haber utilizado su crédito. (Muguillo, 2010)

La falta de impugnación del resumen en tiempo y forma ha generado algunas diferencias tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Muguillo (2010), afirma que el deber de colaboración y la buena fe de las partes le son aplicable a estas circunstancias, por lo que se extiende a la atención en tiempo de las obligaciones de pago como al ejercicio de los derechos. Por ello, es que, si la liquidación no es impugnada en tiempo y forma, se la considerará tácitamente aceptada.

Mientras que Fargosi (2009), contrariamente dice que la no impugnación del resumen en el término de ley le da firmeza al saldo del resumen, pero de ninguna manera lo transforma en definitivo, absoluto o irreversible, puesto que sólo configura una presunción *juris tantum* susceptible de ser revisada por la vía rectificatoria de cuentas. Esa omisión de impugnación total o parcial solo inhibe al titular usuario de efectuar invocaciones respecto de sus elementos integrativos dentro del proceso de ejecución.

Por ello, se efectúa un análisis jurisprudencial en relación a la emisión del resumen y la impugnación del mismo.

En primer lugar, se describe el decisorio de la Cámara por el inicio de un juicio abreviado para el cobro de una suma de dinero que la entidad le efectúa a un usuario de tarjeta de crédito. Se reclamaban consumos varios, no pudiendo cuestionar el resumen por la falta de recepción del mismo.⁷

El Tribunal revocó el fallo de primera instancia, argumentando que el hecho de poner a disposición del usuario de tarjeta de crédito un canal de comunicación telefónica u otros medios no dispensa al emisor de la obligación de emitir y enviar el resumen de cuenta en los términos de los arts. 22 y 24 de la ley 25.065, pues imponer a aquel el deber de concurrir a retirar ese instrumento importa agravar la situación jurídica del solvens, cuando el principio general ordena lo contrario, máxime cuando es una cláusula alcanzada por el art. 37 de la ley 24.240,- que se refiere a las cláusulas o prácticas abusivas en los contratos de consumo-.

En segundo lugar, se cita otro fallo de Cámara por el cual el actor no impugnó el resumen en los términos del art. 26 de la LTC, se inició el juicio por cobro de pesos, oportunidad en que el demandado desconoció ciertos consumos. El Tribunal dio por acreditado tal desconocimiento, sosteniendo que si bien el envío de un resumen mensual detallado de las operaciones realizadas por el titular de la tarjeta de crédito o los autorizados, le posibilita al deudor, el cuestionamiento de tal liquidación (a tenor del Capítulo X de la Ley 25.065), tal proceder es de carácter facultativo, encontrándose expedita la vía judicial en forma directa, ya que en ningún caso debe exigirse del usuario la impugnación del resumen como recaudo para accionar.⁸

En otra posición, la Cámara afirmó que la impugnación del resumen es requisito esencial para el desconocimiento de los consumos efectuados. La falta de cuestionamiento habilita la vía ejecutiva para el cobro de pesos por el total reclamado por la entidad bancaria ya que hay un reconocimiento tácito a los saldos adeudados⁹.

⁷ C.Civ.Com., N°6, Cba. “Caja de Crédito Coop. La Capital del Plata c/Lucero, Héctor s/presentación múltiple-abreviado”. La Ley on line AR/JUR/3580/2017

⁸ C.N.Com., Sala A, “Banco de Galicia S.A. c/Dellepiane. A.”. La Ley on line AR/JUR/9612/2015

⁹ CNCom, Sala D. “Banco Francés c/MR.L s/cobro de pesos”. La Ley on line AR/JUR/28304/2011

Otra causa a citar es el caso de un banco que inició acción por cobro de sumas contra un cliente que omitió abonar los saldos de los resúmenes de las tarjetas de crédito que poseía. El juez hizo lugar a la demanda. Apelada la sentencia, la Cámara la confirmó.¹⁰

Argumentaron los magistrados que la acción iniciada por una entidad financiera contra el titular de una tarjeta de crédito por incumplimiento en el pago de los resúmenes es procedente, pues a las debilidades de la defensa invocada por el accionado se le suma la conducta adoptada durante la vigencia de la relación negocial, ya que ante la falta de recepción de los resúmenes – como adujo– ningún reclamo efectuó, ni concurrió a la sucursal a retirar las copias, ni optó directamente por resolver el contrato, sino que continuó utilizando regularmente el plástico para financiar múltiples operaciones comerciales, lo que lleva a presumir o bien que los resúmenes fueron recibidos, o que su pasividad denota una falta de su deber de colaboración que deriva en la aceptación tácita de las cuentas que aquellas liquidaciones reflejaban y sobre las que el consumidor evidentemente ningún interés tuvo en informarse.

De esta manera se determinó que la demanda por saldo impago de los resúmenes de aquélla es procedente, pues no resulta admisible negar genérica e indetalladamente la autenticidad de los resúmenes de cuenta adjuntados por el banco vinculados a un contrato que el demandado reconoció firmado, relacionados con tarjetas que admitió haber utilizado y en la que constan pagos sino se explica, con razonable claridad, cuáles son las operaciones que serían insinceras o cuáles son los errores que se habrían cometido en la conformación de las liquidaciones.

Finaliza la argumentación, sosteniendo que se confirma la demanda pues, reconocida la vinculación contractual entre las partes, demostrado el uso de las tarjetas, contabilizados los pagos que oportunamente fueron invocados por el demandado y desestimada –por genérica y contradictoria– la impugnación general de las liquidaciones, el crédito de la accionante quedó suficientemente demostrado, siendo innecesario acompañar los cupones o comprobantes escritos de cada una de las operaciones.

¹⁰C. Apel. Civ.Com., Sala II, Mar del Plata, “HSBC Bank Argentina c/Aguirre M. s/cobro de pesos”. La Ley on line AR/JUR/97803/2016

2.5. Conclusión, Resolución, o Prórroga de la relación contractual

Una práctica habitual es la prórroga automática de los contratos de tarjetas. Esta extensión es facultativa. Si en la adhesión se hubiese pactado la renovación automática, el usuario puede dejarla sin efecto, comunicando su decisión por medio fehaciente con treinta días de antelación.

Por su parte, el emisor tiene el deber de notificar al titular en los últimos tres resúmenes anteriores al vencimiento del contrato. (Art 10 LTC)

La conclusión o resolución del vínculo contractual opera cuando el titular comunica su voluntad por cualquier medio fehaciente o cuando no se reciben las tarjetas renovadas por parte del titular. (art. 11 LTC)

Asimismo, puede operar la conclusión parcial del vínculo o cancelación de las extensiones a adherentes u otros autorizados, siempre y cuando sea comunicada por el titular, siempre por medio fehaciente.

Advierte Muguillo (2010) que el titular, en cualquier momento puede hacer cesar, sin responsabilidad por esa conclusión, la relación negocial, con la sola notificación fehaciente. En este aspecto, se entiende que al habilitar la facultad rescisoria del usuario permite afirmar que en este caso el canon anual-o bianual-de renovación que éste hubiese abonado a la entidad emisora por la concesión del crédito dentro de este sistema, deberá serle reintegrado por el periodo no utilizado, de lo contrario nos encontramos frente a un pago sin causa y un beneficio indebido de la emisora.

Otro aspecto a exponer, es que la realidad bancaria demuestra que habitualmente las entidades se niegan a concluir el contrato. Ni siquiera aun el caso de encontrarse el usuario en mora se puede negar dicha facultad pues estaría actuando abusivamente para mantenerlo en una relación jurídica contra su voluntad y sin ningún interés al respecto, más el eventual perjuicio que podría sufrir el usuario por dicha continuidad, incumpliendo el emisor la buena fe contractual. (Fargosi, 2009)

Nada aclara la norma sobre la conclusión de la relación contractual por parte de la entidad emisora. Sin embargo, por tratarse de un contrato de características personales, la evaluación de la conducta crediticia es un elemento fundamental para decidir la continuidad de la relación contractual.

Por eso, en caso de afectarse la solvencia tenida en cuenta para el otorgamiento del crédito o en otros supuestos en los cuales se vea afectado el normal cumplimiento de sus obligaciones, la entidad emisora podrá poner fin a la relación contractual dentro de un marco de razonabilidad y con la aplicación de las normas del derecho común (Muguillo, 2010)

En este sentido entendió la jurisprudencia, la rescisión de un contrato por parte de una entidad bancaria por conducta morosa e impugnaciones infundadas del resumen de consumos. Frente a estos incumplimientos sostenidos y generación de intereses por mora, la justicia dio por procedente dicha rescisión sin ningún tipo de responsabilidad por parte del Banco.¹¹

Asimismo, en caso de cesar la relación jurídica o inhabilitarse la tarjeta o el uso del crédito por la entidad bancaria, sin justificación alguna, o por algún error, ello significa un incumplimiento esencial del contrato y conlleva el deber y la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios sufridos por el titular. (Muguillo, 2010)

Por otra parte, el art. 12 prescribe que el contrato puede concluirse en forma parcial respecto de los adicionales, extensiones o autorizados por el titular, comunicada por este último como medio fehaciente.

Muguillo (2010) explica que este sistema de tarjetas adicionales, de gran habitualidad en el mundo actual, cubre dos supuestos característicos: 1-el de las tarjetas corporativas de empresas o compañías, 2- el de las tarjetas adicionales de familia. Este segundo supuesto es el que nos interesa a efectos de nuestro trabajo.

El usuario titular de la tarjeta es el único responsable ante el emisor por los cargos efectuados por el beneficiario de la tarjeta adicional. Así el beneficiario de la tarjeta adicional o el

¹¹ CNCom, Sala D, “Bellino, F. c/Banco Ciudad” La Ley 2009-A, 463

suscriptor de los cupones de compra, no se transforma en deudor de ese consumo debitado en la cuenta del titular.

A falta de una convención específica el beneficiario de una tarjeta adicional no queda nunca obligado ni por el costo periódico de ella ni por los consumos efectuados, ya que el uso de la tarjeta adicional es la ventaja concedida por las normas del derecho común, en que si en la obligación se hubiera pactado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y se lo hizo saber al obligado antes de ser revocada.¹²

2.6. La aplicación de daños punitivos

El daño punitivo es un instituto que se está previsto en la LDC, pero que no ha sido recepcionado en el CCyC. Más allá de las distintas naturalezas jurídicas que se le asignan, sanción penal, multa civil cuya función es disuasiva y preventiva para evitar que se continúe provocando daño.

El art. 52 bis de la norma citada, prevé que aquel proveedor que no cumpla con sus obligaciones contractuales o legales con el consumidor, la que será graduada en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independiente de otras indemnizaciones que correspondan. En caso que exista más de un proveedor responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor.

La jurisprudencia toma este instituto para condenar a dos entidades emisoras de tarjetas de crédito por la falta de cumplimiento de las obligaciones con el titular.

1- Se cita una causa en la provincia de Mendoza en la que dos personas iniciaron una demanda contra una empresa con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios producidos por el cargo indebido de consumo en una tarjeta de crédito y la conducta dilatoria de la demandada en la corrección del mismo. El juez hizo lugar parcialmente a la demanda. La Cámara elevó los montos otorgados.

La Cámara elevó el monto otorgado a los actores en concepto de daño moral causado por

¹² CNCom., Sala B “Diners c/Corradi”. La Ley 2002-C, 831

un cargo indebido de consumo en una tarjeta de crédito. La entidad injustamente informó de esta situación al BCRA con calificación moroso.

Se estipuló además que la empresa debía abonar una indemnización en concepto de daño punitivo dispuesto por el art. 52 bis de la ley 24.240, pues “se probó su notoria negligencia e incompetencia en brindar una solución total a los inconvenientes que ellos mismos le generaron a los actores, además de la absoluta indiferencia a sus reclamos, sometiéndolos a transitar un infructuoso camino de reclamos y denuncias”, argumentó el Tribunal en su condena.¹³

2- Otra causa es la de los Tribunales de la Provincia de Santa Fe, condenaron a la empresa emisora de Tarjetas de Crédito, aplicando el art. 52 bis de la LDC porque en el caso se demandó por consumos no efectuados, inclusive fueron debitados de la caja de ahorro, siendo erróneamente cargados. Ante insistentes reclamos sin respuesta, la Cámara consideró no sólo el perjuicio patrimonial causada a la actora, sino la conducta sistemática de negación a solucionar el problema, e incluso negando toda responsabilidad de su parte en la instancia judicial constituye un absoluto desprecio de los derechos del consumidor que no puede quedar sin sanción a fin de evitar futuros daños.¹⁴

Se observa definitivamente la aplicación del núcleo mínimo de tutela del que goza el titular de la tarjeta de créditos por arbitrariedades de las entidades emisoras.

Conclusiones Parciales

La tarjeta de crédito se ha transformado en uno de los medios de pago más utilizados en los últimos tiempos. El contrato entre el emisor y el titular, con ciertas particularidades, responde a la modalidad de adhesión y es un contrato de consumo.

Está regido por normas de orden público lo que le otorga al titular ciertas garantías frente a conductas habituales y dañosas por parte de las entidades bancarias, sobre falta de información o trato digno.

¹³ C.Apel.Civ,ComMinasPazyTrib, N°4, Mendoza. “Dell Agnola, Alicia y ots c. CMR Falabella s/ D. y P”. La Ley on line AR/JUR/105409/2017

¹⁴ C.Apel.Civ.Com., Sala II, Santa Fe “Iturraspe M. c/Visa Argentina s/daños”. La Ley on line AR/JUR/9561/2015

Por las especificidades técnicas en materia financiera, el consumidor desconoce la forma de capitalización de intereses compensatorios, la aplicación de intereses punitivos, los gastos administrativos y otros ítems, que pueden transformar al crédito mucho más oneroso durante la ejecución del contrato, que lo informado al momento del inicio de la relación.

Es en este aspecto, donde, a nuestro criterio, se necesita una mayor intervención estatal, regulación y control de los organismos administrativos de defensa al consumidor a efectos de mitigar las consecuencias indeseables de contratos que terminan en un proceso de ejecución por saldos impagos, por falta de conocimiento de cuestiones estrictamente financieras que hacen a este contrato y que el titular desconoce.

Resulta imprescindible la instrumentación de medidas administrativas que protejan al consumidor y así disminuir la litigiosidad en la materia.

Capítulo III

“La abusividad en los contratos”

3.1. Introducción

En los capítulos anteriores se trató la protección que tiene el consumidor en el derecho argentino, con normas de orden público. El sistema jurídico argentino prevé un piso de tutela con deberes mínimos que tienen que cumplir los proveedores, en este caso las entidades bancarias.

Tal como se describiera los contratos de adhesión contienen cláusulas generales predisuestas en los que el titular de la tarjeta no tiene posibilidad de negociación. Asimismo, el contrato de emisión de tarjetas, por ser un contrato bancario, posee ciertas especificidades técnicas que, al usuario común, le resultan de difícil comprensión porque en su mayoría se refiere a cuestiones financieras sólo entendibles para un especialista en la materia.

Es aquí donde la intervención estatal resulta de gran relevancia porque hay cláusulas que deben ser declaradas nulas o no escritas cuando afecten los derechos del usuario.

Así este tipo de cláusulas y prácticas que vulneran sensiblemente los derechos se denominan abusivas. La entidad bancaria, en abuso de su posición dominante, puede incorporar convenciones que perjudiquen al titular de la tarjeta durante la ejecución de contrato.

Para neutralizar dicho efecto, la ley prevé dos tipos de control. El primero es un control de incorporación de cláusulas que se realiza en forma preventiva. El segundo, es el control judicial cuando la cláusula ya fue aplicada.

En definitiva, esta tutela imperativa se justifica porque se trata de relaciones jurídicas entre desiguales por los siguientes motivos: que se enfrentan expertos frente a gente común, el consumidor generalmente carece de información suficiente y es víctima de publicidad engañosa y además es terreno ideal para las cláusulas abusivas.

En este capítulo se aborda el tema de las cláusulas abusivas en los contratos de tarjeta y los recursos que tiene el usuario para su tutela.

3.2. Prácticas abusivas: Concepto y características

En los contratos de ejecución continua, los deberes de los proveedores están presentes durante toda la vida del mismo, no únicamente en el momento de la celebración del acuerdo. Puede suceder que se generen diferentes tipos de situaciones generadas por el proveedor que vulneren los derechos de los consumidores, aunque no esté expresamente plasmada en una convención escrita, de ahí que estamos frente a prácticas y cláusulas abusivas.

Las prácticas comerciales, pueden abarcar a vínculos contractuales o asimilables, o derivaciones directas o indirectas de esas relaciones o también al contacto social del proveedor con un sujeto determinado o indeterminado en el mercado, sin tener un vínculo contractual o asimilable. Las prácticas comerciales rodean todas las vicisitudes de las relaciones de consumo: antes de anudar la relación contractual o de otro tipo, durante la misma, al momento de su extinción o incluso después de la misma. Asimismo, pueden afectar, como decíamos antes, a quien está en principio, al margen o ajeno a una relación de consumo, pero se afectado en su interés particular o en el marco de intereses de incidencia colectiva por dicha práctica comercial.

Pero la cuestión de las prácticas comerciales, que como podemos observar desempeñan un papel crucial en la etapa precontractual, no debe ceñirse exclusivamente a ellas. También en el marco de las relaciones de consumo en curso de ejecución, al momento de su extinción o en la llamada etapa poscontractual se vislumbran situaciones de facto desplegadas por los proveedores de bienes y servicios que muchas veces contrarían las normas del sistema jurídico de protección de los consumidores. Y también esas prácticas también despliegan sus efectos en sujetos expuestos a las mismas, desplegando así tanto un interés individual como uno de incidencia colectiva. (Barocelli, 2018)

Así en un contrato de consumo, no sólo se presentan las cláusulas abusivas sino algunas prácticas abusivas como vulneración del trato digno, la mala fe o cualquier otro supuesto que rompa el respeto al consumidor dentro de su protección constitucional. Son innumerables las prácticas o acciones de carácter abusivo que puede ejercer el profesional sobre el consumidor, ya que hay situaciones que no hacen a la esencia del contrato mismo, pero que causan un perjuicio

manifiesto, generando una vulneración a cualquier derecho humano como dignidad, igualdad. Pueden considerarse como prácticas abusivas la falta de respuesta a los requerimientos telefónicos, largas esperas en los bancos sin solución al problema, gastos no previstos, entre otros. (Wajntraub, 2014)

Explica Wajntraub (2014) que las cláusulas abusivas pueden ser consideradas una especie del género prácticas abusivas por poseer ambas como hilo conductor el abuso. En consecuencia, a las primeras, además de la normativa específica, les resultarían aplicable supletoriamente aquellas disposiciones que regulan las prácticas como género al que pertenecen.

Las prácticas abusivas están legisladas en la formación del consentimiento de los contratos de consumos desde el art. 1096 al 1099 que ya fueron analizados en el primer capítulo. Se describen como aquellas prácticas desleales comerciales a las que están expuestos los consumidores. La norma se refiere a la libertad de contratar, trato digno, equitativo y no discriminatorio.

Entre las prácticas bancarias más usuales, se encuentra la venta de un paquete de productos financieros, por ejemplo el otorgamiento de un crédito junto con una tarjeta de crédito y la apertura de una cuenta de ahorros. Esta habitualidad, está prohibida expresamente porque limita la voluntad de contratar al subordinar la provisión de un servicio a la adquisición simultánea de otro.

En tal sentido, se ha afirmado que la flexible caracterización de las prácticas abusivas que encierran los arts. 1097 a 1099 del Cód. Civ. y Com., conduce a considerar atrapadas dentro de su ámbito material tanto las cláusulas abusivas, como las distintas formas de publicidad ilícita (engañososa, abusiva o discriminatoria) y a cualquier otro comportamiento de los proveedores que viole los estándares previstos en las disposiciones citadas, siendo irrelevante que sus efectos se desplieguen en el camino al contrato o durante su ejecución o con posterioridad al mismo. Wajntraub (2015)

Por su parte, en materia de prácticas ilícitas, el alcance subjetivo de la protección presenta una mayor extensión pues no se restringe al concepto legal de consumidor jurídico o material contenido en el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. sino que comprende también a las personas expuestas —de manera determinada o indeterminada— a las prácticas comerciales.

En otras palabras, finaliza Wajntraub (2014) con el régimen de prácticas abusivas se protege al consumidor de un modo más amplio. Esta protección más amplia es tanto subjetiva como objetiva. Desde un punto de vista subjetivo la protección es más amplia porque, como ya se afirmó, no sólo se protege al consumidor y al usuario sino también al que resulte expuesto a las prácticas abusivas desplegadas por el proveedor. Desde un punto de vista objetivo, la protección es más extensa porque no sólo se protege al consumidor del contenido contractual sino de las conductas del proveedor que preceden, rodean o son posteriores al contrato.

Dichas prácticas están íntimamente relacionadas con el respeto a los derechos constitucionales de los consumidores. Cualquier violación a los mismos, ya sea en la falta de información, trato digno y equitativo, discriminatorio, publicidad engañosa, podrá ser considerada una práctica abusiva expresamente prohibida por la norma.

Podemos resumir que la voluntad del legislador es considerar como abusivas a todas aquellas prácticas, procedimientos, situaciones, usos, o rutinas comerciales que sean generadas por los proveedores, y que vulneren los derechos del consumidor contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Para ratificar lo expuesto se hace un análisis de un fallo reciente de la CSJN¹⁵.

Una asociación dedicada a la defensa de los derechos del consumidor promovió años atrás demanda contra el entonces BankBoston solicitando la nulidad de la cláusula que instituía un cargo por mantenimiento de cuenta en las cajas de ahorro, que a su vez se debitaban los saldos de tarjetas de crédito y la condena al banco a devolver a sus clientes lo cobrado en los últimos diez años.

La sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial rechazó el reclamo de restitución sosteniendo que los cargos habían sido consentidos y abonados por los clientes. Arguyó que, aunque era en principio atendible la pretensión por haberse configurado un proceder cuestionable del banco, la falta de protesta oportuna importaba el acuerdo tácito del cargo y no se había infringido además la reglamentación del BCRA que permitía su cobro. Por otra parte, expresó que

¹⁵ CSJN “Asoc. Consumidores c/Bank Boston” La Ley online AR/JUR/2634/2017

se trataba de intereses de carácter patrimonial ajenos al orden público. Se cobraba por el mantenimiento de la caja de ahorro y ahí mismo se debitaban los consumos de tarjetas de crédito.

Señaló la Cámara, no obstante, que de las pericias resultaba que el banco había ampliado la diferencia obtenida ya que mientras las tasas de interés decrecieron los cargos aumentaron. Destacó por ejemplo que en un año los ingresos de la entidad por dichos cargos fueron equivalentes a más de 46 veces las sumas pagadas en concepto de intereses por las mismas cajas de ahorro y que era posible, por ello, que los gastos por cargos consumieran los fondos depositados en las cuentas.

Así el máximo Tribunal revocó el fallo de Cámara, ordenando la devolución de los cargos con los siguientes argumentos:

- Debe destacarse la conceptualización del abuso como algo que no puede ser subsanado mediante el consentimiento tácito, pero tampoco —dice la Corte— por medio del consentimiento expreso.
- Recuerda la importancia de la tutela al consumidor y los ribetes especiales que ella adquiere en materia de contratos bancarios. Alude al trato digno y equitativo y la prohibición de cobrar por servicios no prestados.
- Expresa la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y el rol fundamental del principio protectorio en los contratos de consumo, donde el consumidor se halla en posición de subordinación estructural.
- Menciona las reglas que imponen deberes al predisponente y que describen conductas prohibidas porque abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica. Resalta que pueden tenerse por no convenientes (art. 37, ley 24.240) tanto las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños como las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.
- Menciona que la tutela debe acentuarse en los contratos bancarios por el carácter profesional de la intermediación financiera del banco y su consiguiente responsabilidad, con cita del art. 36 de la LDC. En tal sentido, remarca lo prescripto por el art. 1388, Cód.

Civ. y Com. en tanto prohíbe cargar comisiones o costos por servicios no prestados y tiene por no escritas las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual.

Con base en tales argumentos concluye que la eventual existencia en los contratos de caja de ahorro, de cláusulas que impongan costos de mantenimiento de cuenta por débitos de saldos de tarjetas de crédito, que, por su valor, puedan consumir no solo la tasa de interés que ofrece la entidad, sino también el capital depositado por el ahorrista provoca la desnaturalización de la economía del contrato, desvirtúa la finalidad para el cual aquel ha sido concebido y afecta la capacidad de ahorro de los ciudadanos de indudable interés general. De esta manera el Tribunal Superior declara la nulidad de las mismas.

3.3. Cláusulas Abusivas: Concepto y características

En esta sección se trata específicamente lo que se considera cláusulas abusivas para el derecho argentino.

La LDC es la primera norma en tratar dichas convenciones en el art. 37 referido a los términos abusivos y cláusulas ineficaces. Así, sin perjuicio de la integración del contrato, se consideran como no convenidas aquellas cláusulas que:

- Desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños
- Signifiquen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte
- Contengan cualquier precepto que signifique la inversión de la carga de la prueba perjudicando al consumidor

En la interpretación de las normas, como se explicó oportunamente, el juez deberá integrar el contrato y siempre a favor del consumidor.

El CCyC recepta estas previsiones en el art. 988. En forma complementaria a la descripción de la LDC, la norma es más amplia para todas las contrataciones con cláusulas predisuestas, estén

o no bajo la órbita de del derecho al consumidor. En forma casi reiterativa al art. 37 considera abusivas aquellas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente, las que impliquen una restricción de derechos y las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En cuanto a definición, el art. 1119 que establece lo que sigue: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”

De acuerdo a lo que se prescribe en esta norma, en los contratos de consumo, el desequilibrio, que en algún grado puede ser deliberado en los contratos paritarios, es abusivo, aun cuando surja de cláusulas individualmente negociadas. Las cláusulas abusivas presuponen la mala fe del contratante que las predispone; pues por su objeto o por su efecto, engendran una grave ruptura del equilibrio contractual, lo que permite considerar la existencia de una finalidad abusiva, inequitativa, antijurídica. (Rivera, 2015)

En este artículo, explica Stiglitz (2015), se establece como regla general que debe considerarse abusiva a toda cláusula que genere un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor. Ese equilibrio debe ser juzgado en términos tanto de onerosidad como de una razonable distribución de los riesgos, que en una relación de consumo deben recaer centralmente en el proveedor, no existe un único criterio caracterizante o definitorio de lo que debe entenderse por desequilibrio significativo o manifiesto.

Por ejemplo, cita Lorenzetti (2014), el Código de Defensa del consumidor de Brasil afirma que es absolutamente nula la cláusula que coloque al consumidor en desventaja exagerada, que sea incompatible con la buena fe o la equidad (art. 51, ap. Iv). y se presume exagerada la ventaja que:

- 1- ofende los principios fundamentales del sistema jurídico
- 2- restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual
- 3- se muestra excesivamente onerosa para el consumidor

El ámbito de aplicación del régimen de cláusulas abusivas, continúa el autor, por esencia se limita al contrato ya sea de consumo o por adhesión a condiciones generales predispuestas. En cambio, la regulación de prácticas abusivas resulta de aplicación en la relación de consumo como concepto más abarcador. Es por ello que, en este aspecto, deviene susceptible de protección el expuesto a la relación de consumo y no sólo el consumidor o usuario en los términos del art. 1092 del CCyC.

El legislador pone especial énfasis en el resultado práctico del contrato, es decir en la alteración del equilibrio de su ecuación económica. El contrato de consumo y el paritario se diferencian por la circunstancia de que su legitimación, en los primeros, no se satisface con el mero acuerdo de voluntades, exigiendo además que no se genere un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones recíprocos que comprometa el principio de máxima reciprocidad de intereses. De tal forma, la objetivación de la noción de contrato se traslada a los criterios con los cuales se juzga la posible abusividad de las cláusulas que forman su contenido. (Lorenzetti, 2014)

Por otro lado, Stiglitz (2015) explica que cuando una o más cláusulas insertas en un contrato de consumo, alteran el equilibrio y la funcionalidad del contrato, produciendo una desnaturalización de las obligaciones, habrá que evaluar los siguientes aspectos para determinar su abusividad.

- la entidad cualitativa y cuantitativa de las obligaciones recíprocas emanadas del contrato
- las obligaciones accesorias de él emergentes, ya sea con relación al objeto o sujetos
- los denominados deberes secundarios de conducta, teniendo especialmente en cuenta la autonomía económica y jurídica que suele poseer el proveedor profesional de bienes o servicios para el cumplimiento de tales deberes
- las cargas del acreedor
- la denominada obligación de seguridad en caso de que fuere aplicable
- toda otra cuestión o aspecto derivado de la regla genérica de la buena fe, que haga a la naturaleza o a la esencia de la relación de consumo

En otro artículo donde se reglamenta la abusividad es en el art. 1743, referido a la dispensa anticipada de responsabilidad. De esta manera se determina que “son inválidas las cláusulas que

eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Sostiene González Freire (2017), que el nuevo CCyC marca una diferencia sustancial con el Código de Vélez, sin perjuicio de que la derogada Legislación contemplaba la buena fe contractual, el vicio de lesión, o el dolo obligacional —entre otros— como consecuencia de la exteriorización de la voluntad y la capacidad de los contratantes para celebrar el acto jurídico. La codificación hacia la prohibición de abuso impone no sólo el deber de brindar la mayor información posible en función de la relación jurídica que se genera, sino también que, habiéndola puesto en conocimiento del contratante, ésta no disponga de un contexto antijurídico solapado, cuyo abuso prestacional permanece latente durante el curso del cumplimiento de la obligación y su derrotero, en virtud de las consecuencias que puedan surgir de su adecuada relación causal.

Asimismo, vínculo obligacional generado por los contratantes no funciona como sujeción irrefutable a partir de su celebración, ya que puede ser objeto de revisión, a fin de tutelar los derechos de quién se adhiere a condiciones o cláusulas exclusivas en virtud de existir una declaración unilateral de la voluntad. En relación a ello, el legislador señala la inviabilidad de las relaciones jurídicas abusivas, en función de una desigualdad en el posicionamiento contractual; por cuanto las cláusulas que limitan u exoneran la responsabilidad —de conformidad con la nueva figura— "dispensa anticipada de la responsabilidad" , no sólo dificultan su aplicación, sino que de haberse accedido a ello, las mismas deben ser susceptibles de un exhaustivo control jurisdiccional. (González Freire, 2017)

3.4. Análisis Jurisprudencial

A continuación, se cita jurisprudencia en materia de tarjetas de crédito y la presencia de prácticas y cláusulas abusivas

1-Cuentas corrientes operativas y saldos deudores¹⁶

¹⁶ CNCom., Sala C, “Banco Santander Río c/Ramos Padilla s/ejecutivo” La Ley on line AR/JUR/67930/2017

En esta causa la Cámara revocó un fallo de primera instancia por la ejecución de saldos de tarjetas de crédito en forma conjunta con el saldo deudor de la cuenta corriente. La Entidad Bancaria emitió un solo Título de Ejecución en donde se capitalizaban los intereses compensatorios de acuerdo a las normas del BCRA para los descubiertos en cuenta corriente. Si bien el art. 1395 del CCyC reza que los intereses se debitan de las cuentas corrientes con sujeción a los pactos, los usos y la reglamentación...los cargos de los cuentacorrentistas. Sin embargo, señala el Tribunal, la ley 25.065 establece un régimen especial de ejecución de saldos deudores. En consecuencia, es nula por abusiva la cláusula que subsumió el cobro de los saldos por tarjetas de crédito en los saldos deudores de la cuenta corriente, siendo nulo el Certificado de saldo deudor presentado por el Banco.

Argumentó finalmente que con relación a la cuenta corriente y al sistema de tarjeta de crédito, las obligaciones asumidas y propias de cada relación jurídica no pueden extenderse sin más a la otra, pues los efectos de ambos contratos deben entenderse dentro de los límites de cada uno ellos, por cuanto obedecen a diferentes regímenes jurídicos.

2-Inclusión de Cláusulas abusivas en el contrato¹⁷

Una entidad financiera apeló una multa que le impuso la Subsecretaría de Defensa al Consumidor de la Provincia de Formosa por infracción al art. 4 y 37 de la LDC. La Cámara ratificó la procedencia de la sanción.

Los hechos es que el usuario de una tarjeta de crédito, tenía una caja de ahorro asociada a la misma. En dicha caja de ahorro se acreditaba el salario mensual como empleado de la administración pública provincial y se le debitaban los consumos de la tarjeta de crédito.

El contrato preveía la posibilidad de deducir todos los gastos, intereses y cualquier otro concepto proveniente del saldo deudor de la tarjeta, de la caja de ahorro denominada cuenta sueldo. Ante la falta de fondos el banco procedió a bloquear la caja de ahorros impidiendo al usuario a retirar su salario.

¹⁷ TSJ, Formosa, “Banco de Formosa s/apelación (ley pcial 1480) La Ley online AR/JUR/68778/2012

El máximo tribunal provincial ratificó la sanción administrativa por infracción a los art. 4 y 37 de la LDC ya que la infractora no pudo rebatir que incumplió el deber de información respecto del monto de la deuda de tarjeta de crédito del cliente y los intereses aplicables a la misma y de haber incluido cláusulas abusivas en los convenios celebrados con el denunciante, máxime si aquella no efectuó descargo alguno ni arrió prueba en defensa de las imputaciones que se le hicieron.

3.5. Acciones Colectivas

La Constitución Nacional en su art. 43 en su segundo párrafo le da legitimidad a las asociaciones de consumidores para que puedan interponer una acción colectiva en defensa de los intereses de los consumidores.

De esta manera, a partir de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, la incorporación de los arts. 42 y 43 a la CN y la evolución de la jurisprudencia de la Corte, se ha fortalecido el derecho esencial de acceso a la justicia, a través de un eficaz instrumento que permite la mejor tutela judicial, como lo son las acciones de colectivas. Reconoce así nuestra norma fundamental la protección de intereses generales o difusos y la legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, por el acto u omisión que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la constitución, tratado o una ley, ha otorgado representación a las asociaciones de consumidores.

Los constitucionalmente legitimados para accionar mediante un proceso colectivo pueden hacerlo siempre y cuando estén en juego derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos. La asociación puede encarar una acción colectiva cuando haya una causa fáctica común que afecta a una pluralidad de sujetos consumidores o usuarios en forma similar en sus derechos y que esta sea la vía idónea para posibilitar el efectivo acceso a la justicia de todos los afectados. (Tambussi, 2017)

Presenta especial utilidad cuando los intereses individuales, considerados aisladamente, no justifican la promoción de una acción judicial por ser su costo mayor que el de la afectación sufrida, es decir, la antieconomicidad de la acción individual, que la acción colectiva hace posible que

existan procesos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados fuertes e impunes.

En nuestro trabajo, la presentación de las acciones colectivas es una de las soluciones a la problemática planteada. El cobro de intereses o cargos abusivos por parte de las entidades bancarias son prácticas comerciales habituales. Una demanda individual por un monto pequeño no despierta el interés del demandado, caso contrario pasa en una demanda colectiva donde los montos son significativos para el banco más la potencialidad de perder muchos clientes que ello significaría.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse en torno a la legitimación procesal en acciones tendientes a la defensa de intereses individuales homogéneos en la causa Halabi¹⁸, en el que precisó que en esos supuestos si bien no hay un bien colectivo, porque se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sin embargo hay un hecho único o continuado, llamado causa fáctica común, que provoca la lesión a todos y por lo tanto, hay homogeneidad en los hechos y también normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, salvo en lo que hace a la prueba del daño (considerando 12).

Continuando con el tema, otro fallo de la CSJN que se manifestó en autos Padec¹⁹. En este caso, tomando las consideraciones del fallo antes citado, reconoció la legitimación activa de la asociación actora en acciones que tutelan derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos entendiendo, a su vez, cumplidos los recaudos para hacer viable la acción colectiva en el marco de la ley 24.240.

Cita Tambussi (2017) que en un precedente de Consumidores Financieros contra una Entidad Bancaria. La CSJN confirmó la sentencia del tribunal inferior que ordenaba la devolución de cargos administrativos por seguros de vida en tarjetas de crédito. Además, se estableció que de conformidad con lo dispuesto por el art. 43 de la CN las asociaciones de usuarios y consumidores están legitimadas para iniciar acciones colectivas que tengan por objeto la tutela de intereses

¹⁸CSJN "Halabi, E c. PEN Ley 25.873 Dtos. 1563/04 s/ amparo ley 16.986" Fallos 332:111.

¹⁹ CSJN "Padec c. Swiss Medical s/ Nulidad de Cláusulas contractuales. La Ley, 2013-E, 290 (2013)

individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que se cumplieren determinados recaudos: 1) la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, 2) que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada, y 3) que el no reconocimiento de la legitimación procesal pueda comprometer el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo.

Drucaroff Aguiar (2017), en análisis de estos fallos sostiene asimismo que las cláusulas abusivas no pueden ser renunciadas en forma anticipada ni subsanadas por un consentimiento tácito del consumidor. Más aún, dice, deben tenerse por no convenidas y ni siquiera el consentimiento expreso puede validarlas. Para establecer si determinados cargos fueron o no abusivos, es vital considerar la realidad negocial y el funcionamiento del sistema financiero, más aún cuando las consecuencias de la sentencia que, en definitiva, se dicte en un caso como el comentado, exceden ampliamente los intereses de las partes actuantes en el proceso y se extienden al conjunto de los usuarios de los bancos.

Así a los bancos les corresponde una responsabilidad agravada porque les rige las normas del derecho del consumo, y la ley de tarjeta de créditos, independiente de las regulaciones que establezca el BCRA.

La acción colectiva para estos reclamos, consideramos la más efectiva para que los consumidores financieros efectúen sus reclamos.

En otras palabras, la temática interesa a toda la sociedad, en un contexto donde no puede concebirse el mundo moderno sin la existencia de un sistema financiero que funcione en forma adecuada y de acuerdo con las normas que lo regulan.

Conclusiones Parciales

En el transcurso del capítulo se analizaron las distintas manifestaciones en las que puede presentarse el abuso por parte del proveedor. Podemos estar frente a situaciones o procedimientos que el legislador las denomina prácticas abusivas y las cláusulas abusivas que pueden estar insertas en un texto contractual.

Son figuras típicas de los contratos de adhesión y sobre todo los de consumo. Un gran avance que ha dado el legislador con la reforma del Código es que, aunque hubiera sido negociada individualmente, lo mismo puede considerarse abusiva.

Se caracterizan porque desnaturalizan las obligaciones del contrato, generando mayor obligación al consumidor.

En este esquema de protección al consumidor financiero son innumerables las convenciones que pueden presentarse: cargos indebidos por mantenimiento de tarjetas, ejecución de saldos deudores de tarjetas de crédito y cuenta corriente por los procedimientos comunes y no el que establece la LTC, trato discriminatorio, publicidad engañosa, intereses usurarios, etc. Es tal el abanico de prácticas o cláusulas abusivas que se presentan en el sistema financiero, que su análisis excede este trabajo.

Es aquí donde se necesita un fortalecimiento de las instituciones administrativas y judiciales para tratar de compensar el desequilibrio contractual entre los Bancos y los clientes.

Conclusiones Finales

En esta investigación se indagó sobre las características de los contratos de emisión de tarjetas de crédito, sus particularidades y la exposición que tienen los usuarios titulares a las prácticas abusivas o la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos suscriptos con las entidades bancarias.

El tema se origina con el comercio electrónico y el desarrollo de la tecnología, que habilitaron nuevas formas de pago. Hay una sustitución del dinero físico por la tarjeta de crédito. Este fenómeno de bancarización, al que Argentina no es ajena, genera nuevas pautas de consumo, y diferentes instrumentos de pago son utilizados en estas obligaciones comerciales.

La relación entre el ente emisor de la tarjeta de crédito y el usuario titular es una relación de consumo. El primer esbozo de protección a las relaciones de consumo surge en 1993 con la sanción de la ley de Defensa al Consumidor en la que se establecen los principios básicos del vínculo contractual entre consumidor y proveedor, con el principio in dubio pro consumidor, la responsabilidad solidaria de los proveedores, las cláusulas abusivas y los deberes de los proveedores.

La Constitución Nacional reformada incorpora estos preceptos enunciados junto con el sistema de protección de los derechos humanos fijado en diferentes tratados internacionales. El hombre y sus derechos son el eje de todo sistema jurídico. Se crea un bloque de protección mínima formada por la Carta Magna, el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa al Consumidor. Independiente de lo establecido en leyes especiales, en el tema que nos ocupa, la Ley de Tarjetas de Crédito.

En este contexto, la Carta Magna, les otorga a los consumidores una tutela especial en sus art. 42 y 43. El régimen protectorio abarca la relación de consumo, desde la etapa precontractual, hasta la postcontractual.

El derecho del consumo tiene el carácter de orden público por la irrenunciabilidad de los derechos. El paradigma de este sistema es la protección al más débil. Se pone especial énfasis al respeto de los derechos de los consumidores.

Su función, esencialmente tuitiva es acercar el desequilibrio o asimetría que existe entre las partes. Dicha diferencia se produce desde el punto de vista técnico y económico. El proveedor cuenta con mayores recursos financieros, por su mayor nivel de experiencia profesional y otras ventajas, que ponen al consumidor en una situación de vulnerabilidad contractual.

El principio protectorio deriva en forma directa de los derechos fundamentales de los consumidores como la protección a la salud, seguridad e intereses económicos, también a una información adecuada y veraz, libertad de elección y finalmente trato digno y equitativo.

El deber de información de los proveedores es un asunto medular de este derecho. Así, el proveedor debe informar al sujeto tutelado para que pueda decidir sin ver viciada su voluntad. En este tema que se abordó, el titular usuario necesita conocer el servicio que va a contratar sobre el tipo de crédito que brinda la tarjeta de crédito. Dada la especificidad y características particulares del sistema financiero, el usuario se enfrenta a contratos de adhesión con cláusulas generales e información relativa a mora, intereses compensatorios y punitivos, cargos por renovación, seguros de saldo deudor, tasas de interés efectiva o nominal, y otro tipo de información que para el consumidor común resulta de muy difícil comprensión.

De esta manera, tal complejidad de información financiera es un campo apto para el ejercicio de prácticas abusivas o la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. La buena fe y el principio de responsabilidad empresarial son factores que deben estar presente durante toda la relación de consumo.

La alternativa de que dispone el consumidor consiste en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente la financiación de los consumos se efectúa mediante la tarjeta de crédito, más aún si estamos frente al comercio electrónico donde el plástico es el medio de pago por excelencia.

Por lo tanto, es imposible que el usuario conozca todas prácticas bancarias a las que está expuesto. Es aquí donde la participación de todos los estamentos del estado tiene un rol preponderante. Resulta de fundamental importancia la agilización de los procedimientos administrativos que efectúen un control de convenciones que pueden transformarse en abusivas durante la ejecución contractual. Los organismos provinciales de defensa al consumidor son los

responsables del contralor de las normas tuitivas del usuario, donde la celeridad de los tiempos y la eficacia en la aplicación de sanciones son aspectos que necesitan mejorarse para la efectiva protección del más débil.

El activismo judicial en materia de defensa de los consumidores demuestra la necesidad de poner un coto a esa desigualdad formal que existe en los contratos de adhesión ya que las cláusulas predispuestas pueden desnaturalizar las obligaciones de los consumidores. Los diferentes fallos analizados demuestran la vulnerabilidad del usuario de la tarjeta frente a la disparidad económica de las entidades financieras.

Otro asunto que tiene gran relevancia en materia de derecho del consumo es la participación de las asociaciones de consumidores. La Constitución les otorga legitimidad para la defensa de sus derechos. Creemos que existe cierto consenso en que los procesos colectivos son mecanismos necesarios y más efectivos para tutelar los derechos de incidencia colectiva e intereses individuales homogéneos como es el tema de este trabajo.

Por razones de economicidad resulta más eficiente la interposición de acciones por parte de asociaciones que representen el derecho de varios consumidores, que el reclamo individual. La CSJN ha ratificado lo aquí expuesto en varias oportunidades como se analizó en el transcurso de esta investigación.

Consideramos por los motivos enunciados precedentemente, que la acción colectiva es el medio más idóneo y efectivo de acceso a la justicia, y en su implementación práctica como un procedimiento eficaz de solución de conflictos en términos constitucionales. La unión de intereses individuales homogéneos es el vehículo más eficiente para la obtención de una respuesta jurisdiccional, a los abusos cometidos por las entidades bancarias en los contratos bajo análisis.

Pensamos que, la interpretación de los derechos de los consumidores y usuarios debe sustentarse en un criterio amplio, para que tanto el consumidor como las organizaciones de la sociedad civil y los funcionarios del Estado que tienen competencias directas con la vigilancia, control y vigencia de los derechos humanos y/o de consumidores y usuarios tengan también la potestad de poner en marcha el sistema para su defensa.

Por último, para la adecuada defensa de los derechos necesita reafirmarse la participación de las organizaciones intermedias de defensa de consumidores financieros como también la educación al consumidor. Quien no conoce sus derechos no reclama, y, en definitiva, consumidor somos todos...

Bibliografía

Doctrina

- BAUMAN, Z. (2007). *Vida de Consumo*. Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica
- BADENI, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional. T II*. Buenos Aires: La Ley
- BAROCELLI, S. (2015). “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el CCyC”. La Ley 2015-C, 63
- BAROCELLI, S. (2018). “Consumidores vulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”. La Ley on line AR/DOC/523/2018
- BOGGIANO, A. (2017). “Contratos por adhesión a condiciones Generales”. La Ley 2017-D, 1132
- DIEZ PICASO, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. (6°Ed). Madrid: Thomson-Civitas.
- DRUCAROFF AGUIAR, A. (2017). “Cargos abusivos por mantenimiento de Cajas de Ahorro. A propósito de una sentencia de la CSJN” La Ley 2017-E, 457
- FARGOSI, H. (2009). *Régimen de Tarjetas de Crédito. Ley 25.065*. Buenos Aires: Astrea
- FARINA, J. (2010). *Defensa del consumidor y del usuario*. (3 Ed.). Buenos Aires: Astrea
- FUNDAMENTOS ANTEPROYECTO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL
- GELLI, M.A. (2005). *Constitución Nacional Comentada y Concordada*. (2 Ed.). Buenos Aires: La Ley
- GONZALEZ FREIRE, J. (2017). “El consentimiento hacia las cláusulas abusivas y su relación con la dispensa de responsabilidad”. La Ley online AP/DOC/265/2017
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2012). “La constitucionalización del derecho privado. Comentarios sobre el Anteproyecto del CCyC”. La Ley 2012-A, 289
- LORENZETTI, R. (2009). *Derecho de los Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni
- LORENZETTI, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni

- LORENZETTI, R. (2016). “Los derechos de los consumidores en el CCyC”. Diario Judicial, 18/06/16, 9
- LLAMAS POMBO, A. (2013). *Ley de Defensa al Consumidor. Veinte años*. Buenos Aires: Astrea
- MANOVIL, R. (2016). “Contratos por adhesión en el CCyC” La Ley 2016-D, 1124
- MARTINEZ MEDRANO, G. (2014). “Comentario al proyecto de tribunales de justicia para los consumidores”. Diario La Ley 8/9/14,1
- MUGUILLO, R. (2010). *Régimen de Tarjetas de Crédito. Ley 25.065*. (4°Ed. Actualiz.) Buenos Aires: Astrea
- RAPONI, O. (2014). *La ley 25.065 de Tarjeta de Crédito y el CCyC*. (4°Ed.) Buenos Aires: Astrea
- REZZÓNICO, J.C. (2014). *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Hammurabi
- RIVERA, J. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: La Ley
- SAHIAN, J. (2017). “La tutela constitucional de los consumidores” La Ley on line AP/DOC/1144/2017
- STIGLITZ, G. (2014). *La publicidad engañosa e ilícita*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni
- STIGLITZ, G. (2015). *Derecho de los Consumidores y el CCyC*. Rosario: Juris
- STIGLITZ, R. (2016). *Los contratos con cláusulas predispuestas en el CCyC*. Buenos Aires: La Ley
- TAMBUSI, C. (2014). *Nuevos mecanismos de garantías en el derecho del consumo*. Buenos Aires: La Ley
- TAMBUSI, C. (2015). “La publicidad prohibida en el nuevo Código”. La Ley online AR/DOC/38216/2015
- TAMBUSI, C. (2017). “Las asociaciones de consumidores ante incumplimientos masivos de los deberes de los proveedores”. La Ley online AR/DOC/3071/2017
- TAMBUSI, C. (2018). “Rumbos y expectativas entre el CCyC y el derecho del consumo”. La Ley on line AR/DOC/257/2018

- WAJNTRAUB, J. (2014). “Las prácticas abusivas en el CCyC”. Recuperado de [www./http://www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)
- WAJNTRAUB, J. (2015). *Los contratos de consumo en el CCyC*. Buenos Aires: Lexis Nexis

Legislación

- Constitución Nacional
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley 24.240 Defensa al Consumidor
- Ley 25.065 Tarjetas de Crédito
- Decreto 27/2018. Desburocratización y Simplificación.

Jurisprudencia

- CNCiv., sala H, "Trigueros, Raúl O. c./ Vaitech Internacional s/ daños y perjuicios" La Ley on line AR/JUR/31191/2015.
- CN.Com., Sala II, "Serra, Melchor Esteban c. AMX s/ incumplimiento de contrato" La Ley online AR/JUR/24287/2017
- C.Civ.yCom, 4ºNom., Sala C, “Cuello F. c/Telecom-Personal” La Ley 2005, C-649
- CCiv. y Com. San Martín, sala I, "L. M. G. c. Supermercados Carrefour y otros s. Daños y Perjuicios", La Ley online AR/JUR/30581/2015
- C.N.Cont.Ad. Fed., Sala I, “Cía. Argentina de Marketing c/DNCI s/lealtad comercial”. La Ley on line AR/JUR/25427/2016
- C.Apel. Civ. Com. 2º, Bahia Blanca “RR.P c/Banco de Galicia” La Ley online AR/JUR/6238/2014
- C.Civ.Com., N°6, Cba. “Caja de Crédito Coop. La Capital del Plata c/Lucero, Héctor s/presentación múltiple-abreviado”. La Ley on line AR/JUR/3580/2017
- C.N.Com., Sala A, “Banco de Galicia S.A. c/Dellepiane. A.”. La Ley online AR/JUR/9612/2015
- CNCom, Sala D, “Banco Francés c/ MR.L s/cobro de pesos”. La Ley online AR/JUR/28304/2011

- CNCom, Sala D, “Bellino, F. c/Banco Ciudad” La Ley 2009-A, 463
- CNCom., Sala B “Diners c/Corradi”. La Ley 2002-C, 831
- C. Apel. Civ.Com., Sala II, Mar del Plata, “HSBC Bank Argentina c/Aguirre M. s/cobro de pesos”. La Ley on line AR/JUR/97803/2016
- C.Apel.Civ,ComMinasPazyTrib, N°4, Mendoza. “Dell Agnola, Alicia y otros c/ CMR Falabella s/ D. y P”. La Ley on line AR/JUR/105409/2017
- C.Apel.Civ.Com., Sala II, Santa Fe “Iturraspe M. c/Visa Argentina s/daños”. La Ley online AR/JUR/9561/2015
- CSJN “Asoc. Consumidores c/Bank Boston” La Ley online AR/JUR/2634/2017
- CNCom., Sala C, “Banco Santander Río c/Ramos Padilla s/ejecutivo” La Ley online AR/JUR/67930/2017
- TSJ, Formosa, “Banco de Formosa s/apelación (ley pcial 1480) La Ley online AR/JUR/68778/2012
- CSJN "Halabi, E c. PEN Ley 25.873 Dtos. 1563/04 s/ amparo ley 16.986" Fallos 332:111.
- CSJN "Padec c. Swiss Medical s/ Nulidad de Cláusulas contractuales. La Ley, 2013-E, 290 (2013)

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	María Belén Martin
DNI	33234638
Título y subtítulo	“La Acción colectiva como medio eficaz de protección al consumidor en los contratos de tarjetas de crédito.”
Correo electrónico	belen_m87@hotmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición:	Martin, María Belén.. Córdoba 2018

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis	
-----------------------------------	--

(Marcar SI/NO) ²⁰	SI
Publicación parcial (Informar que capítulos se publicarán)	Todo

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

LUGAR Y FECHA: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

²⁰ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.