

Principios generales de la contratación bancaria a partir del Código Civil y Comercial

Ignacio Alberto Nantillo

Introducción [arriba] -

La elaboración y sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), entre muchas de sus innovaciones y novedades, procedió a codificar los denominados contratos bancarios. Asimismo, se redactaron principios contractuales que afectan a todos los contratos, y que en consecuencia, por sus características, también rigen respecto de los contratos bancarios. La codificación propiamente dicha se encuentra en el Capítulo XII del Título IV del Libro III, y en cuanto a los principios generales del contrato se destacan aquellos del Título II del mismo Libro III.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar y relacionar ambos aspectos que serán trascendentales en materia bancaria a partir de la aplicación de la nueva normativa, y extraer conclusiones sobre lo que será el régimen normativo vigente que incumbe a la actividad de las entidades por mucho tiempo.

Así, de la lectura del nuevo Código Unificado, se distinguen tres categorías principales de contratos, y en todas ellas podría incluirse a los contratos bancarios, según el tipo que se celebre, a saber:

Contratos Paritarios o Negociados: son aquellos celebrados entre pares, en igualdad de condiciones. Es decir, en conjunto, entre las partes, se acuerdan las cláusulas.

Contratos de Adhesión a Cláusulas Generales Predispuestas: son aquellos que no pueden ser negociados, "...mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción." (art. 984 CCCN). La predisposición de las cláusulas por una de las partes contratantes determina la desigualdad con la/s otra/s partes contratante/s. El contrato de adhesión per se no es reprochable, de hecho el nuevo código lo legaliza expresamente (Sección 2ª, Capítulo III, Título II, Libro III), con excepción de aquellas cláusulas que se redacten de forma abusiva, que sean abusivas. Esto es, la predisposición de las cláusulas no determina la existencia de abusividad per se, debe analizarse cada cláusula. El art. 985 fija los requisitos de validez de este tipo de contratos: "Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. 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. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares."

Contratos de Consumo: son aquellos celebrados "...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.” (art. 1093 CCCN). Por un lado, se encuentra el consumidor y por otro lado el proveedor, en términos generales. Estos contratos, a su vez, pueden ser contratos de adhesión a cláusulas predispuestas, o no. Cuando sean celebrados por adhesión, al igual que en el caso anterior, no son considerados abusivos per se, sólo aquellas cláusulas que puedan ser impugnadas por tal carácter.

Los contratos bancarios, según el tipo de que se trate (cuenta corriente, caja de seguridad, préstamo, etc.), y según la forma de redacción y de ofertarlos a los clientes, pueden ser catalogados en cualquiera de las tres categorías propuestas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, o en más de una al mismo tiempo (ej., contratos de adhesión y contratos de consumo).

En ese sentido, de todas las categorías se destaca la última, los contratos de consumo, en la órbita del Derecho Bancario, y el régimen legal aplicable a los contratos bancarios que caigan en ella, porque actualmente son la mayoría. Los contratos de consumo tienen sustento legal, y origen, en: a) la Constitución Nacional (arts. 41, 42, 43); b) en Principios Generales y Especiales emanados de la doctrina, la jurisprudencia y del propio Código Civil y Comercial de la Nación en su actual redacción; c) en la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, y sus reformas), y en menor medida en la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156, y sus reformas). Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico existe una sobreabundancia de normas que integran un marco legal tuitivo del consumidor, y que incide directamente en el mercado y en la labor bancaria, de ahí la importancia y deber de conocerlo en profundidad.

Principios contractuales bancarios [arriba] -

Una vez categorizado el contrato en la nueva concepción codificadora, a fin de determinar el régimen legal aplicable al mismo, es dable conocer los nuevos principios contractuales puesto que atañen a todo contrato, y por extensión a los contratos bancarios. También se mantuvieron principios de la codificación anterior, pero todos ellos, unos y otros, deberán ser de aplicación complementaria.

Entre los principios codificados que habrán de tenerse en cuenta a la hora de celebrar contratos bancarios, se destacan:

Libertad de contratación: se encuentra enunciado en el art. 958 CCCN, que reza: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.” Se complementa con el art. 279 CCCN: “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.”; con el art. 1003 CCCN: “...Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.”; y con el art. 1004 CCCN: “No

pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. (...).”

La libertad de contratación presenta, entonces, ciertas limitaciones de objeto. El articulado es una síntesis de lo ya prescrito en el art. 953 del Código Civil (CC) de Vélez Sársfield: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”[1]; y del art. 1167 CC: “Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos.”

En el marco de esa libertad, al mismo tiempo se resalta expresamente la autonomía y supremacía de la voluntad: “ARTICULO 962 CCCN Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.”

Principio de buena fe: fue establecido en el art. 961 CCCN: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.”; se repite la idea en el art. 9 CCCN, como principio general: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”; también se refuerza en materia de obligaciones: “Artículo 729 CCCN Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.”; y en materia de interpretación de los contratos: “Artículo 1061 CCCN Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.”

En consecuencia, puede decirse que, siempre presumida y receptada anteriormente entre los contratos en el art. 1198 CC[2], la Buena Fe se erige y se declara como principio fundamental del Derecho. Con ello, la interpretación de los contratos, y de los actos realizados por las partes durante el decurso del mismo, será juzgada sobre la base de la buena fe principalmente. Se juzgará la conducta de las partes en torno a la figura (subjctiva, por cierto), de “contratante cuidadoso y previsor”.

Abuso de Derecho: ha sido redefinido en el art. 10 CCCN: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.” En primer término, toma

la definición del art. 1071 CC: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.” En segundo término, y ello es novedoso, reconoce en cabeza del juez un rol más activo, quien no sólo estará facultado a hacer cesar el abuso, sino que podrá volver las cosas al estado anterior de la contratación, por ejemplo, y disponer una indemnización a favor del damnificado.

Abuso de Posición Dominante: dice el art. 11 CCCN: “Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.” Aunque descontextualizado respecto de los principios precedentes, y ajustado a algunos casos, la ley extiende las consecuencias de la inobservancia de los preceptos de buena fe y abuso de derecho a la figura de abuso de posición dominante en el mercado; se colige, entonces, que ésta no es abusiva en sí misma. Es aplicable a las actividades desplegadas por las entidades bancarias en el mercado respecto de otras entidades bancarias en libre competencia para captar y fondearse del ahorro del público.

Orden Público: establece el art. 12 CCCN: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.” Se recoge el texto del art. 21 CC: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.”. En ese sentido, la Ley de Defensa del Consumidor, y toda la normativa implicada, es de orden público, conforme lo dispone su art. 65, con lo cual, a partir de una mirada sistémica, las convenciones bancarias no deben vulnerar tales prerrogativas. También se incorpora un instituto novedoso, denominado fraude a la ley, cuando existiendo dos textos legales, la persona se ampara en uno de ellos para obtener el resultado prohibido por la otra; en ese caso, la sanción implica la aplicación de la norma eludida.

Efecto vinculante: el acuerdo celebrado entre las partes es vinculante para las mismas. Así lo dispone el art. 959 CCCN: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.” Se recepta el art. 1197 del Código Civil de Vélez Sársfield: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.” También se halla una limitación de la esfera judicial para interferir en los contratos, con excepción cuando se vulnere el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Tratativas Contractuales de Buena Fe: el principio de buena fe se extiende a la faz pre-contractual, lo cual determina una incidencia muy importante en los contratos bancarios al momento de su redacción y oferta. En su faz embrionaria surge, entonces, el riesgo de responsabilidad pre-contractual. El art. 991 CCCN señala: “Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la

responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.” Es la consagración legislativa de la protección de las “pour parler”, lo cual determina que las entidades bancarias deberán obrar con mayor diligencia en la etapa previa a la celebración del contrato propiamente dicho, y en la forma de captación de clientes teniendo en cuenta sobre todo las nuevas tecnologías que permiten ofertas masivas y difusas (e-mail, twitter, facebook). Se establece como principio la confidencialidad de información sensible en ese sentido: “Artículo 992 CCCN Deber de confidencialidad. Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.”

Renegociación: en aras de la protección y preservación del contrato, es decir, para favorecer la libre contratación entre las personas, se otorga a la contraparte no oferente la posibilidad de renegociar en determinados supuestos. El art. 1011 CCCN así lo postula: “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.”

Suspensión de cumplimiento: el art. 1031 CCCN otorga una herramienta al deudor que deberá ser tenida en cuenta por el banco en caso de ser acreedor, y también al banco a su favor, a saber: “En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.” Ante el cliente deudor, por ejemplo, el banco podría suspender la línea de crédito o giro en descubierto, con sustento legal.

Tutela preventiva: similar al supuesto anterior, ante el incumplimiento contractual de una de las partes del contrato, la otra parte está exenta de cumplir sus obligaciones mientras aquél incumplimiento subsista. Establecido en el art. 1032 CCCN, se postula: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.” Son artículos complementarios, porque la suspensión es potestativa, previa petición judicial o no.

Conexidad contractual: los contratos conexos son aquellos que comparten una finalidad económica común, que puede ser determinada por la Ley (ej., contratos UTE, contratos celebrados por Consorcios de Cooperación), por acuerdo de partes, o por simple interpretación del Juez quien determinará en última instancia y ante un conflicto concreto si hay conexidad o no entre contratos (ej., leasing y tarjeta de crédito). Así, el art. 1075 CCCN

establece: “Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.”

Intereses: señala el art. 767 CCCN: “La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.” A su vez, el art. 1381 CCCN, en materia de contratos bancarios, prescribe: “El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición. Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.”. Es decir, en caso de no redactarse adecuadamente el contrato bancario, se generará un perjuicio evitable para el banco, porque de lo contrario ante cualquier omisión la tasa se reducirá drásticamente, siendo facultad del juez integrar el contrato a través de esta herramienta.

Respecto del anatocismo, está permitido, en general, si se pacta a partir del sexto mes del contrato; menos de 6 meses, está prohibido. Así se fija en el art. 770 CCCN: “No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.”

Si bien el nuevo código no establece tipo de tasa (activa-pasiva, etc.) que deba fijarse en los contratos, otorga amplias facultades a los jueces en casos abusivos. El art. 771 CCCN apunta: “Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.”

A su vez, conforme el art. 1748 CCCN, “el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”, es decir, los intereses corren desde la fecha del hecho dañoso, o incumplimiento contractual en materia bancaria en particular.

Contratos bancarios: los contratos bancarios aparecen codificados en el Capítulo XII, Título IV, Libro III del CCCN. En la Sección 1ª de dicho Capítulo se esbozan ciertos principios generales, y en la Sección 2ª se regulan algunos contratos en particular. En principio, si bien el CCCN no define expresamente al género “contratos bancarios”, sí determina su esfera de actuación en el art. 1378 CCCN: “Las disposiciones relativas a los contratos bancarios

previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.” Como primera aproximación, son todos aquellos contratos celebrados con entidades financieras, o con personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en la Ley de Entidades Financieras (LEF, ley 21.526), “cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia.” (art. 3, LEF). A su vez, el art. 2 LEF señala: “Quedan expresamente comprendidas en las disposiciones de esta Ley las siguientes clases de entidades: a) Bancos comerciales; b) Banco de inversión; c) Bancos hipotecarios; d) Compañías financieras; e) Sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; f) Cajas de crédito. La enumeración que precede no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en el artículo 1, se encuentren comprendidas en esta ley.” Entonces, puede decirse con toda seguridad que los contratos bancarios no sólo pueden celebrados por y/o con bancos estrictamente hablando, con lo cual hallamos un primer error semántico.

A pesar de la caracterización de los contratos bancarios, y su denominación como tales, dicha expresión actualmente deja paso a otra más comprensiva de las distintas contrataciones que puede llevar adelante una entidad bancaria, y esta es la de “contratos financieros”. En efecto, no sólo por el hecho que conforme la Ley de Entidades Financieras no sólo los bancos pueden ofrecer operaciones financieras, sino también porque todo contrato bancario contiene una operación financiera, es decir, aquella donde determinado capital muta o se transforma por el transcurso del tiempo a raíz de la aplicación de una tasa de interés. De hecho, como se verá seguidamente, muchos contratos que realizan las entidades bancarias quedaron fuera del Capítulo “contratos bancarios”, en otra ubicación, y ello no implica que los bancos no los celebren o no puedan hacerlo, siendo contratos financieros.

A su vez, el art. 1384 CCCN establece que las disposiciones del contrato de consumo son aplicables a los contratos bancarios, con lo cual, define que, en última interpretación, se entenderá a todo contrato bancario como un contrato de consumo. Rigen varias obligaciones en cabeza de los bancos en esa dirección: en sus ofertas, deben distinguir banca personal y banca comercial o empresarial (art. 1379 CCCN); deben informar en sus anuncios, en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos (arts. 1379 y 1385 CCCN); los contratos deben instrumentarse por escrito (arts. 1380 y 1386 CCCN), salvo que se empleen medios electrónicos (por internet, Homebanking)[3]; obligación de entregar un ejemplar de cada contratación o servicio suscripto al cliente-consumidor (arts. 1380 y 1386 CCCN); debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año, y transcurridos sesenta días contados a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo (art. 1382 CCCN); en caso de tratarse de un contrato a plazo determinado, debe expedirse la constancia de finalización del mismo una vez concluido.

Dentro de los contratos bancarios tipificados y codificados en la Sección 2ª, Capítulo XII, Título IV, Libro III del CCCN, se encuentran: Depósito Bancario (art. 1390/2 CCCN); Cuenta Corriente Bancaria (arts. 1393/1407 CCCN); Préstamo y Descuento Bancario (arts. 1408/09 CCCN); Apertura de Crédito (arts. 1410/12 CCCN); Servicio de Caja de Seguridad (arts. 1413/1417 CCCN); Custodia de Títulos (arts. 1418/20 CCCN). La Ley de Tarjeta de Crédito (ley 25.065), la Ley de Seguros (ley 17.418), la Ley de Fondos Comunes de Inversión (ley 24.083), no fueron modificadas, con lo cual en su faz contractual tales productos o servicios bancarios se rigen por aquéllas.

Si se trata de contratos bancarios celebrados con obligaciones de dar sumas de dinero, de moneda que no es de curso legal en el país, cabe tener presente que se modificaron los criterios de la codificación anterior. El art. 765 CCCN prescribe: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.” Como primera observación, de simple lectura, se desprende que si la obligación fue pactada en dólares, el deudor se libera entregando la moneda de curso legal en el país, esto es, pesos. Sin embargo, a renglón seguido, los codificadores realizaron una aclaración que contradice lo anterior, a saber: “Artículo 766 Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.” En ese caso, siendo la especie, por ejemplo, la moneda dólar, el deudor sólo se liberaría entregando esa especie y no otra. Habrá que esperar la interpretación que se haga de la normativa, dado que la discusión estará en qué debe entenderse por especie, si el género es “cosa” y la especie es “dinero” (cualquiera sea la moneda que se entrega) o si el género es “dinero” y la especie es “moneda” (como se consideraba hasta ahora). Dicha confusión atenta contra los requisitos legales para tener por acreditado el pago en términos legales, sobre todo con el principio de identidad: “Artículo 867 CCCN Objeto del pago. El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.”; “Artículo 868 CCCN Identidad. El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor.”

Como antecedente, cabe recordar que se ha vuelto a las disposiciones originales del Código de Vélez Sársfield en ese sentido, pero con una redacción menos clara. Decía el art. 617 CC originario: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.” Y completaba el art. 619 CC originario: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación.” Se buscó volver a esos principios, aunque con otra semántica, porque la redacción de dichos artículos del Código Civil ahora derogado, vigentes tras la sanción de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928), se dejó de lado.[4]

En los contratos bancarios también puede estipularse como cláusula contractual el “pago a mejor fortuna”, o en alguna renegociación de deuda, ahora legislados con los siguientes parámetros: “Artículo 889 CCCN Principio. Las partes pueden acordar que el deudor pague cuando pueda, o mejore de fortuna; en este supuesto, se aplican las reglas de las

obligaciones a plazo indeterminado.”; “Artículo 890 CCCNCarga de la prueba. El acreedor puede reclamar el cumplimiento de la prestación, y corresponde al deudor demostrar que su estado patrimonial le impide pagar. En caso de condena, el juez puede fijar el pago en cuotas.”; “Artículo 891 CCCNMuerte del deudor. Se presume que la cláusula de pago a mejor fortuna se establece en beneficio exclusivo del deudor; la deuda se transmite a los herederos como obligación pura y simple.”

Por último, ya no dentro del aludido Capítulo XII, pero sí tratándose de contratos que celebran diariamente las entidades bancarias, y cuando los celebren serán pasibles de aplicación las disposiciones reseñadas sobre contratos bancarios en general y contratos de consumo en particular, se hallan codificados los siguientes: leasing (arts. 1227/1250 CCCN), contratos bursátiles (art. 1429 CCCN[5]), fideicomiso (arts. 1666/1707 CCCN), entre otros.

Medios Electrónicos: según lo prescripto en el art. 1107 CCCN, “Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.” Aplica, por ejemplo, a Préstamos Personales Online (por internet, Homebanking), a través de Cajeros Automáticos, o por Centros de Atención Telefónica. Se aclara luego: “Artículo 1108 CCCNOferas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.”; “Artículo 1109 CCCNLugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.” El articulado es importante puesto que, actualmente, la captación de clientes y la celebración de contratos online están muy difundidas entre las entidades bancarias.

Deber de Prevención del Daño: en la antigua codificación, Vélez Sársfield sólo estableció el resarcimiento del daño una vez producido, como consecuencia de la responsabilidad. En el CCCN, amén del resarcimiento (que subsiste), se consagra como valor a perseguir en las relaciones personales, y en gran medida, en los contratos que se celebren, “prevenir el daño”. Incluso, en las previsiones del art. 1710 y ss. CCCN, no sólo es una obligación de las partes, sino también una obligación del juez en caso de conflicto, debiendo adoptar medidas que prevengan el daño, por ejemplo, si se sigue produciendo el mismo durante la tramitación del proceso judicial. Se establece un rol más activo del juez en este caso, quien debe ponderar la buena fe del demandado, si hizo todo lo necesario para prevenir el daño, de ahí la importancia, por ejemplo, de las conductas que lleve adelante el banco en ese sentido ante potenciales conflictos con sus clientes. Asimismo, para este tipo de acción judicial preventiva del daño, se fijó una legitimación amplia, dado que cualquier persona que demuestre un interés razonable puede demandar el cese del daño, no necesariamente debe ejercer la acción el titular del derecho.

Resarcimiento del Daño Producido: dentro de varias previsiones, el CCCN, en sus arts. 1716[6] y 1738[7], especifica la obligación de resarcir el daño ocasionado y los rubros reclamables, señalando: pérdida patrimonial (daño emergente), lucro cesante, pérdida de chance, derechos personalísimos (daño moral, daño psicológico). El nuevo código le otorga entidad y denominación específica a aquello que antes surgía de la jurisprudencia.

Reparación Plena: este principio fue fijado en el art. 1740 CCCN, que dice: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.” Es consecuencia de lo que ya venía estableciendo la jurisprudencia. Como excepción al principio general, se apunta que es facultad del juez en cada reclamo concreto proceder a la atenuación de responsabilidad por la situación económica del deudor o circunstancias del casus; dicha atenuación no procederá cuando el deudor hubiese actuado con dolo. A partir del nuevo código, desde el punto de vista del resarcimiento, la responsabilidad del banco, en caso de ser condenado, será más gravosa u onerosa.

Responsabilidad Agravada por Actividad Profesional: en reflejo del art. 902 CC[8] del antiguo código decimonónico, el art. 1725 CCCN[9] mantiene la responsabilidad agravada de aquellos que desarrollen actividades de manera profesional, lo cual compete directamente a las entidades bancarias. A mayor profesionalidad, mayor deber de diligencia y mayor responsabilidad consecuente frente al daño ocasionado.

Como principio general, la responsabilidad de las entidades bancarias en el nuevo codex sigue siendo de carácter objetiva (factor de atribución), destacándose como causales de eximición el caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero por el cual no se deba responder. En algunos casos, incluso, el deudor también puede eximirse de responsabilidad, por ejemplo, en los supuestos de imposibilidad de cumplimiento[10], frustración del fin del contrato[11], o imprevisión[12]. De las tres eximentes anteriores, mención aparte merece la segunda, puesto que la frustración del fin del contrato no estaba legislada, hasta ahora[13].

En el caso de los bancos, también se mantiene el principio de responsabilidad por hechos del dependiente del antiguo art. 1113 CC, ahora redactado en el art. 1753 CCCN: “El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.”

Carga Dinámica de la Prueba: recogido de la jurisprudencia, este principio establece que quien está en mejores condiciones de probar, debe aportar al caso determinadas pruebas. Si bien es un principio de Derecho Procesal más que de Derecho Común, así prescribe el art. 1735 CCCN: “...el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes

que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.” En materia de Derecho del Consumo, el artículo refleja el art. 53 de la Ley de Defensa de Consumidor, que establece: “...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. (...)”; recae, entonces, en cabeza del proveedor del servicio, en el caso, la entidad bancaria. No implica que el actor pierda la carga de la prueba, que se mantiene, sino que para determinadas pruebas se invierte la misma, sobre todo Prueba Documental (ej., resúmenes de cuenta, liquidaciones, tabla de precios y costos de productos ofertados, etc.).

Rescisión Contractual: el art. 1383 CCCN establece que el cliente tiene derecho en cualquier momento o etapa de la relación contractual a rescindir el contrato bancario en curso, celebrado por tiempo indeterminado (como muchos de los contratos bancarios), sin penalidad ni gastos, salvo los devengados antes del ejercicio de este derecho.

La resolución, en cambio, se rige por los principios generales de incumplimiento contractual, que receptan los del código anterior[14].

Nulidad Contractual: el art. 1389 CCCN establece la nulidad de aquellos contratos bancarios que no especifiquen las condiciones de contratación (información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso), lo cual representa una severa penalidad.

A la vez, la violación de las normas de Derecho del Consumo, dado su carácter de orden público, trae aparejada la nulidad absoluta de lo pactado o realizado en los siguientes términos: “Artículo 386 CCCNCriterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.”; “Artículo 387 CCCNNulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.”; “Artículo 390 CCCNRestitución. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso..”

Claúsulas abusivas: se tienen por no escritas, conforme el art. 1119 CCCN: “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.”

Asimismo, si el contrato bancario es celebrado bajo la modalidad de contrato de adhesión a cláusulas generales predispuestas, deben observarse las siguientes disposiciones: “Artículo

987 CCCN Interpretación. Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.”; “Artículo 988 CCCN Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”; “Artículo 989 CCCN Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.”; “Artículo 1122 CCCN Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; (...).”

Respecto de esto último, la integración del contrato, lo que significa su modificación parcial, el juez seguirá lo dispuesto en el art. 964 CCCN: “El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.”

Finalmente, se destaca un principio novedoso, puesto que a partir del nuevo código no puede impugnarse por abusiva aquella cláusula que fija el precio de la prestación, que queda sujeto a lo acordado por las partes, las fluctuaciones del mercado y, en última instancia, al contralor estatal. La fijación del precio del servicio prestado no puede reputarse abusiva per se: “Artículo 1121 CCCN Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.”

Principio In Dubio Pro Consumidor: en caso de duda, en cuanto a la interpretación del contrato suscripto o alguna de sus cláusulas, se resuelve a favor del consumidor, conforme arts. 1094/95 CCCN[15], que reflejan al art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Al mismo tiempo, el CCCN otorga otros principios de interpretación contractual, en protección del consumidor pero también tendiendo a la subsistencia del contrato: “Artículo 1062 Interpretación restrictiva. Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente.”; “Artículo 1063 Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.”; “Artículo 1064 Interpretación contextual. Las

cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto.”; “Artículo 1065 Fuentes de interpretación. Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; c) la naturaleza y finalidad del contrato.”; “Artículo 1066 Principio de conservación. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato.”; “Artículo 1067 Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.”; “Artículo 1068 Expresiones oscuras. Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.”

Tutela del consumidor bancario o usuario de servicios financieros: además de los ya referenciados, se establecen varios principios en torno a la figura del consumidor bancario, cliente en el caso de las entidades bancarias. Se incorpora la categoría de contratos de consumo propiamente dichos, así como también el art. 14 CCCN reconoce como categoría autónoma los derechos de incidencia colectiva, de los cuales nada se decía en la anterior codificación. En ese caso, se reconoce que los consumidores (bancarios) pueden accionar judicialmente individual o colectivamente, cobrando trascendencia los reclamos colectivos en defensa de intereses individuales homogéneos con carácter patrimonial.[16]

En el artículo 1387 CCCN, en la órbita del derecho a la información, se establece en cabeza del banco la obligación pre-contractual de entregar a la otra parte aquella información financiera sensible que hubiese obtenido de una base de datos durante las tratativas de contratación; si sobre la base de dicha información el banco rechaza una solicitud de crédito, a su vez, se fija la obligación de hacer saber la causal de dicho rechazo, para que el consumidor pueda defenderse (ej., si la información sobre la que se basa el banco se encuentra desactualizada -Veraz-, el consumidor podrá proporcionar aquella actual antes que el banco tome una decisión definitiva sobre el préstamo).

El mismo art. 1387 CCCN señala que, “antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.”

Debe evitarse la publicidad engañosa; la “Transparencia de las condiciones contractuales” es el título de las disposiciones generales sobre contratos bancarios del referido Capítulo XII del Título IV del CCCN. En ese sentido, remarca el art. 1388 CCCN: “Sin perjuicio de las condiciones establecidas para los contratos bancarios en general, ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato. En ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente. Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están

incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas.”

En materia de publicidad bancaria, resultan aplicables los siguientes artículos también: “Artículo 1100 CCCNInformación. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.”; “Artículo 1101 CCCNPublicidad. Está prohibida toda 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.”; “Artículo 1102 CCCNAcciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.”; “Artículo 1103 CCCNEfectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.”

Están prohibidas las prácticas abusivas: “Artículo 1097 CCCNTrato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”; “Artículo 1098 CCCNTrato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.”; “Artículo 1099 CCCNLibertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.” Se reflejan las máximas de la Ley de Defensa de Consumidor.

Asimismo, el proveedor de un servicio, como ser el banco, debe especificar la facultad de revocar el contrato por parte del cliente: “Artículo 1111 CCCNDeber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.”; “Artículo 1115 CCCNGastos. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. (...)”

Se puede decir, entonces, que la tutela del consumidor bancario posee una doble estructura:

por un lado, existe una tutela indirecta, proveniente del equilibrio de los intereses de las entidades financieras en el mercado financiero propiamente dicho, producto de la reglamentación del Banco Central de la República Argentina. Dicha reglamentación debe plasmarse en los contratos bancarios. Dentro de las más recientes, en torno a la defensa del consumidor bancario, surge la Comunicación “5608” BCRA sobre “Protección de los Usuarios de Servicios Financieros”[17], donde muchas de sus disposiciones responden a las prerrogativas de la Ley de Defensa del Consumidor y del CCCN. Así, un contrato bancario puede contener cláusulas de adhesión, predispuestas por el banco, y cláusulas reglamentarias derivadas de normas del BCRA de las cuales el banco no se puede apartar.

Por otro lado, existe una tutela directa, proveniente del equilibrio entre el banco como proveedor de servicios y el cliente como consumidor, siendo en este caso aquello que el banco provee u ofrece de su exclusiva responsabilidad. Dicha tutela comprende las técnicas de información del cliente diseñadas por la entidad (ej., forma de difusión las condiciones y costos del servicio prestado, el CFT, etc.), las técnicas de contacto o conocimiento del cliente (ej., recomendaciones del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria en políticas “conozca a su cliente”), y las técnicas de formación y ejecución del contrato a partir de la redacción de los contratos bancarios.

Prescripción: en los arts. 2560 y 2561 CCCN se establece un plazo genérico de prescripción de 5 años, y la prescripción del reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil de 3 años, plazo aplicable en el caso de los contratos bancarios. Este plazo de 3 años coincide, a su vez, con el fijado en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de acciones del consumidor.

Conclusiones [arriba] -

La redacción de todo contrato bancario deberá ponderar, desde su génesis embrionaria, todos los principios reseñados para que pueda tener una vida larga y sortear todas las impugnaciones posibles.

Se privilegia la prevención del daño, y su previsibilidad en cuanto a la contratación que se celebre.

A fin de garantizar una pronta aplicación de la nueva normativa, el CCCN contiene normas de carácter procesal en materia contractual, como ser aquellas facultades de los jueces para modificar e integrar los contratos, suprimir cláusulas abusivas, declarar nulidades, o hacer cesar el daño producido.

Si bien se mantiene como principio la libertad de contratación y autonomía de la voluntad, lo cierto es que los proveedores de servicios en general y las entidades bancarias en particular tienen menos libertad, o una libertad direccionada, a la hora de ofrecer sus productos y redactar las cláusulas de los contratos.

Se multiplicaron las sanciones posibles en caso de violación a las normas de Defensa del Consumidor.

Se conserva la responsabilidad objetiva de la entidad bancaria, agravada por su profesionalidad.

Se legitima el uso de medios electrónicos en las ofertas y en la contratación.

Se codifica por primera vez la responsabilidad precontractual, por las tratativas previas al contrato, que son muy importantes en la actividad bancaria.

El paradigma del Derecho del Consumidor no existe ya disperso en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, sino que sus principios y orden interno han sido codificados, han salido a la luz de la mano del legislador, con lo cual, su importancia y conocimiento ya no pueden ser ignorados.

La incidencia del Derecho del Consumidor en los contratos bancarios ha adquirido niveles superlativos, a tal punto que sus principios se incorporan y se introducen en el Derecho Bancario, hasta hacerlos propios.

Notas [arriba] -

[1] La nota de Vélez Sársfield al art. 953 CC es elocuente al respecto, y aplicable aún hoy: "...En cuanto al fin y al objeto, es preciso que el acto se refiera a un derecho que se pueda hacer valer de una manera cualquiera. Así, el acto es ilusorio cuando el objeto es tan vagamente indicado que no sea posible determinarlo (L. 94, tít. 1, lib. 45, Dig.). Lo mismo cuando se trata de cosas corporales, que no son susceptibles de existir, o que están fuera del comercio. "Si id, dice la ley romana, quod dari stipulamur, tale sit, ut dare non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat". (Inst. lib. 3, tít. 19, § 1). Si es un hecho el objeto del acto, debe ser posible y no contrario a las leyes y buenas costumbres. La imposibilidad del objeto del acto jurídico puede tener su origen en motivos materiales o en motivos jurídicos. La imposibilidad material se presenta respecto a las cosas que jamás han existido, o que han dejado de existir, o que no pueden existir. Hay imposibilidad jurídica, cuando la obligación tiene por fin procurar la propiedad de cosas que no pueden ser el objeto de una propiedad, o que son ya la propiedad del acreedor. Sería lo mismo la obligación que tuviese por objeto un matrimonio entre personas que no pueden casarse. Se puede asignar un carácter análogo a

todo acto que es contrario a la ley o a la moral (LL. 26 y 27, Dig. "De Verb. Oblig." y L. 4, cód. "De inut. Stip."). Por esta proposición no puede entenderse, como en la teoría de las condiciones, que un acto de este género sería jurídicamente imposible, pues que el delito mismo es perfectamente posible, y sólo es privado y reprimido por una pena. Mas los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución. La imposibilidad del objeto de un acto jurídico puede fundarse sobre la naturaleza del objeto mismo, o sobre la posición personal y especial del deudor de una obligación. La primera especie de imposibilidad es la que es considerada como tal. La segunda especie, respecto del sujeto, no puede ser jamás invocada por el deudor y no lo sustrae de las consecuencias que puedan resultar de la inejecución de una obligación. La razón para anular los actos que tengan por objeto prestaciones imposibles, está en la esencia de las obligaciones. La obligación tiene por objeto transformar en actos necesarios y ciertos, actos voluntarios que no son en sí mismos sino acontecimientos accidentales e inciertos. El fin definitivo de la obligación es colocar al acreedor en una posición tal que pueda contar con certidumbre sobre la posibilidad de esos acontecimientos; pero si el acto que constituye la prestación en una obligación es imposible, esta circunstancia repugna al carácter que damos a toda obligación."

[2] "Artículo 1198 CC: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. (...)."

[3] "Artículo 1106 CCCN Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar." Asimismo, deben tenerse en cuenta otras previsiones: "Artículo 288 CCCN Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento."; "Artículo 313 CCCN Firma de los instrumentos privados. Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento."

[4] "Artículo 617 CC Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero."; "Artículo 619 CC Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento."

[5] "Artículo 1429 CCCN Normas aplicables. Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y otras seguridades; establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad."

[6] "Artículo 1716 CCCN Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código."

[7] "Artículo 1738 CCCN Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances."

Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”

[8] “Art. 902 CC. Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.”

[9] “Artículo 1725 CCCN Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.”

[10] “Artículo 955 CCCN Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.”

“Artículo 956 CCCN Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.”

[11] “Artículo 1090 CCCN Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.”

[12] “Artículo 1091 CCCN Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.” Este artículo refleja el art. 1198, segundo párrafo, del Código Civil anterior: “...En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. (...)”

[13] Véase: Gastaldi, José María, *Contratos I*, Cap. X, “La teoría de la causa (fin) y su relación con la frustración del fin del contrato”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1ª. ed. 1994, 2ª, 1997; Espert Sanz, Vicente, “La frustración del fin del contrato”, Madrid, Ed. Tecnos, 1968; Leiva Fernández, Luis, “Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos”, *La Ley*, 1987-D, 1154, que define así a la “frustración.”: “El supuesto en el que por causas ajenas a la voluntad de las partes, no se obtiene o se pierde la obtención del efecto inmediato tenido en mira para la celebración del acto. Es decir, aquellos casos, en los que se frustra por una circunstancia ajena al deseo de los otorgantes la producción del efecto deseado en forma directa e inmediata. Esa frustración del efecto puede operar retroactivamente o no, en

forma total o relativa, es decir, erga omnes, o respecto de personas determinadas”; Mosset Iturraspe, Jorge, “La frustración del contrato”, p.67 ss, Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, Argentina, 1991, quien señala: “para algunos juristas, con el vocablo se alude a una teoría originada en el Derecho anglosajón, específicamente en el Derecho inglés, cuyo antecedente remoto estaba confinado a la finalización de los contratos marítimos por la “frustración de la aventura”; para nosotros, la frustración del contrato es una teoría receptada por los ordenamientos jurídicos de base romanizada, incluidos los latinoamericanos, entre ellos el argentino, para aludir a la finalidad malograda, a las expectativas fracasadas, en orden a la base subjetiva u objetiva del negocio”. Creo conveniente diferenciar bien la “frustración del contrato” del caso específico de la “frustración del fin del contrato”, que es la que contemplo en este trabajo. El requisito de la causa-fin frustrada es la pauta de este singular modo extintivo.”

[14] “Artículo 1083 CCCN Resolución total o parcial. Una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercer luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial.”; “Artículo 1084 CCCN Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.”; “Artículo 1086 CCCN Cláusula resolutoria expresa. Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.”

[15] “Artículo 1094 CCCN Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.”; “Artículo 1095 CCCN Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.”

[16] Véase Lorenzetti, Ricardo Luis “Justicia Colectiva”, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; Badeni, Gregorio, “El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos”, LL 2009-B-255; Boico, Roberto J., “La nueva etapa del amparo colectivo. El caso `Halabi` y el actual escenario del art. 43, CN”, LL 2009-B-208; Catalano, Mariana y González Rodríguez, Lorena, “Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema”, LL 2009-B-598; Cassagne, Juan C., “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, LL 2009-B-646; De la Rúa, Fernando y Saravia Frías, Bernardo, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del alto tribunal”, LL del 6/5/2009; García Pullés, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, LL 2009-B-186; Gómez, Claudio D. y Salomón, Marcelo J., “La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso `Halabi`”, LL Supl. Const., mayo de 2009, p. 41; Gelli, María A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso `Halabi`”, LL 2009-B-565; Rodríguez, Carlos A., “Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DJ del 25/3/2009; Rosales Cuello, Ramiro y Guiridlian Larosa, Javier

D., "Nuevas consideraciones sobre el caso 'Halabi' ", LL 2009-D-424; Sabsay, Daniel A., "El derecho a la intimidad y la 'acción de clase'", LL 2009-B-401; Toricelli, Maximiliano, "Un importante avance en materia de legitimación activa", LL 2009-B-202; Sagüés, Néstor P., "La creación judicial del 'amparo-acción de clase' como proceso constitucional", JA del 22/4/2009 entre otros.

[17] Léase: a) El usuario debe ser notificado de las modificaciones que aplicará el ente prestador de servicios financieros con una antelación mínima de 60 días corridos antes de su entrada en vigencia. b) Todo importe cobrado indebidamente más los intereses resarcitorios correspondientes deberá ser reintegrado dentro de los cinco días hábiles siguientes al momento de presentación del reclamo ante el ente prestador de servicios financieros. c) El usuario de servicios financieros podrá solicitar -a su cargo y en cualquier momento de la relación de consumo- al ente prestador de servicios financieros nuevas copias del/de los contrato/s vigente/s que lo vinculan con él. Deberán ofrecer a los usuarios de servicios financieros la posibilidad de elegir por lo menos tres compañías, y conservar la constancia del ejercicio de ese derecho por parte de dichos usuarios. El cargo que el ente prestador de servicios financieros aplique no podrá ser superior al que la compañía de seguros elegida perciba por operaciones con particulares y sin la intervención de dicho ente concertadas en el lugar de contratación o de domicilio del usuario. d) Las entidades pueden brindar paquetes multiproducto, pero en la medida en que cada producto pueda separarse en contratos individuales autónomos, de manera tal que cada usuario pueda adquirir solamente el/los productos que efectivamente le interesen. e) Derecho a revocar la aceptación del producto o servicio financiero dentro de los 10 días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el contrato o de la disponibilidad efectiva del producto o servicio, lo que suceda último. f) Ante la falta de inclusión en los documentos de la tasa de interés y/o del Costo Financiero Total, el ente prestador de servicios financieros podrá aplicar al usuario de servicios financieros, como máximo costo financiero total la tasa promedio que surja de la encuesta de tasas de interés de depósitos a plazo fijo de 30 a 59 días -de pesos o dólares- informada por el BCRA a la fecha de celebración del contrato -o, si no estuviera disponible, la última informada- sobre la información provista por el total de bancos públicos y privados. g) En el caso de personas con movilidad reducida, embarazadas o personas que cargan niños en brazos hasta la edad de dos años, deberán recibir atención prioritaria y quedar eximidos de formar la fila correspondiente. Para el caso de que deban aguardar para ser atendidos, se les deberá proveer de asientos. h) En el caso de personas con dificultades visuales, algunos cajeros automáticos deberán contar con software reproductor de texto-a-voz, auriculares con su respectivo conector estándar, teclado con sistema Braille o estándar con relieve resaltado y mecanismo audible y perceptible para alertar el olvido de la tarjeta y/o del dinero. Asimismo, los entes prestadores de servicios financieros deberán brindar a estos usuarios la opción de obtener en sistema Braille la documentación de los productos a contratar (comprobantes por operaciones de depósito, de extracción, de compraventa de moneda extranjera y de pago, realizadas por ventanilla o por cajeros automáticos y terminales de autoservicio).

Fuente: Publicación: Revista de Derecho Bancario y
Financiero

Número 24 - Agosto 2015

Fecha: 24-08-2015 Cita: IJ-LXXXI-584