

Comisión n° 8, Consumidor: “Protección del consumidor de servicios financieros y bursátiles”

MECANISMOS DE TUTELA DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS Y BURSÁTILES EN EL MERCADO ACTUAL

Autor: María Paula Arias*

Resumen:

Resulta aplicable a los servicios financieros o bursátiles la normativa del consumidor en la medida que se dé el vínculo intersubjetivo calificado como relación de consumo. Debe entenderse comprendido en el sistema tutelar al “pequeño inversor” por la especial vulnerabilidad informativa que adolece y siempre que sea el destinatario final de la actividad consistente en invertir ahorros en mercados financieros.

Cuando los proveedores del crédito al consumo recurran a la utilización de títulos cambiarios en franco fraude a la normativa consumeril, dichas conductas deberían reexaminarse bajo el prisma de las prácticas abusivas e imponerse daños punitivos como una herramienta de neto corte preventivo y disuasorio. Asimismo, podrán plantearse todas las defensas propias de la relación causal aunque resulten ajenas al juicio ejecutivo.

1. Principales debates en relación al consumidor de servicios financieros o bursátiles.

Con el presente trabajo me ha propuesto pasar revista por los principales debates que se han suscitado en la actualidad en relación al consumidor de servicios financieros o bursátiles como así también intentar delinear algunas posibles soluciones a las problemáticas planteadas tanto de lege lata como de lege ferenda.

En primer término, se señalará la aplicación indubitable de la normativa de consumo a los servicios financieros o bursátiles cuando se configura el ámbito de aplicación subjetivo establecido tanto por el C.C.yC. como por la LDC. Al respecto se mantiene el debate en relación al “pequeño inversor” que pone en crisis la noción de consumidor como destinatario final pero que constituye un sujeto indiscutiblemente vulnerable y merecedor de tutela.

En segundo lugar, con referencia a las pautas de competencia establecidas por el art. 36 in fine LDC reformado por la ley 26.993 se dejará planteado que las mismas tienen carácter imperativo tanto para las partes como para los jueces con las consecuencias jurídicas que dicha categorización trae aparejadas. En otro orden, es criticable que la pauta del domicilio real del consumidor no se haya establecido en el art. 37 con la finalidad que irrefutablemente resulte aplicable a todo contrato de consumo y no sólo en las operaciones de crédito y financieras para consumo.

En tercer término, se reconocerá la confrontación que se suscita entre la normativa de consumidor y la legislación cambiaria y del proceso ejecutivo cuando se

* Profesora Adjunta de Derecho Civil III y de Derecho de los Consumidores y Usuarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

emiten los denominados “pagarés de consumo”. En dichos supuestos, el conflicto entre las reglas que proporciona la LDC y las normas sobre títulos abstractos debe resolverse a través del juicio de ponderación en virtud del cual se hará prevalecer una regla sobre la otra teniendo en cuenta los fines buscados por las respectivas leyes y sopesando el grado de sacrificio que los derechos consagrados en ellas pueden sufrir al ser desplazados por los otros.

2. Aplicación de la normativa tutelar del consumidor a los servicios financieros o bursátiles.

A pesar de las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que precedieron a la ley 26.361, la reforma vino a consolidar el criterio que preceptúa que resulta aplicable a las "operaciones financieras" la normativa de consumidor, en cuanto el art. 3 dispone que "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica". En sentido concordante el artículo 36 se proyecta sobre "las operaciones financieras para consumo" y las de "crédito para el consumo".

Sumado a ello y ratificando tal criterio, la recepción en el C.CyC. de los contratos de consumo como una fragmentación de la categoría general de contrato en el título III Libro Tercero como así también la regulación específica de “los contratos bancarios con consumidores y usuarios” en el párrafo 2, sección 1, capítulo 12 del título IV del Libro tercero, permite sostener sin ambages que la normativa tutelar consumerista resulta aplicable a los servicios financieros o bursátiles cuando se configure el ámbito subjetivo de aplicación previsto en el art. 1 y 2 de la LDC y/o 1092 y 1093 del C.C.yC. A mayor abundamiento el art. 1384 del C.CyC. dispone expresamente que “las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093”.

En ese contexto, hay que distinguir si con la entidad financiera se celebran operaciones activas, pasivas o neutras para examinar la subsunción de las mismas dentro de la normativa de consumidor. Las operaciones activas son aquellas en las cuales el banco concede crédito al cliente asumiendo un rol de acreedor, mientras que las pasivas son las que involucran al banco como receptor de fondos de los clientes y hay funciones neutras en que el banco presta servicios. En las operaciones “activas” se puede afirmar que el cliente es el destinatario final cuando se trata de créditos para consumo y están contempladas en el art. 36. En cambio, las operaciones activas que el tomador utiliza para emprender alguna actividad productiva o de comercialización, están excluidas. En las operaciones “pasivas” se ha señalado que aquél que deposita dinero o títulos en una entidad financiera no puede ser calificado como destinatario final, sino más bien como una persona que pone en circulación dinero o bienes en el círculo financiero. Sin embargo, la utilización financiera del dinero depositado la hace el banco y no el cliente que deposita, por ello, también en este caso es una operación de consumo en la medida que el banco presta un servicio de asesoramiento. En cuanto a las operaciones “neutras” que consistan en servicios propios o directos de la entidad financiera, si son destinados al consumo final, son calificables como de consumo¹.

3. Quid del “pequeño inversor”.

¹ LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los Contratos, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 429 y ss.

Reviste interés analizar si la normativa del consumidor resulta aplicable al pequeño inversor. A priori cabe dejar sentado, que la idea de inversor pone en crisis la noción de consumidor como destinatario final, sin embargo, la lógica de la vulnerabilidad del estatuto consumeril permitiría alcanzarlo con sus normas tutelares.

En otras palabras pareciera que es contradictorio equiparar consumidores e inversores (solo puede invertirse lo que no se consume), sin embargo, concurren en este último características del primero que merecen protección. Si bien podría discutirse su inclusión teniendo en cuenta el elemento de consumo final o destinatario final de los bienes y servicios, tal división se inclina por terminar aceptando al pequeño inversor como sujeto de tutela de la norma de consumidores².

Ello es así porque el artículo 2 de la LDC excluye del carácter de consumidores a quienes adquieren, almacenen, utilicen, o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios para integrarlos en procesos productivos; por ende si la adquisición de bienes o su almacenamiento no tiene por destino utilizarlos o usarlos en otros procesos o prestación de servicios a terceros, (vrg. una persona que compra bonos públicos como ahorro), deben considerarse actos de consumo y a ellos consumidores³. Es decir, la normativa protectoria sería aplicable al inversor bursátil o al inversor financiero, siempre que éste sea el destinatario final de la actividad consistente en invertir en mercados financieros públicos o privados y no utilice la inversión como un medio de desarrollo o de trabajo de su propia actividad empresarial⁴.

En similar sentido, se ha sostenido que este tipo de negocios no puede ser excluido del régimen de defensa del consumidor, especialmente cuando fue concretado para obtener una ganancia o evitar pérdidas derivadas de la disminución del valor de la moneda, sin trasegar la inversión a actividad alguna, persiguiendo un propósito de ahorro, para cuya realización ha resultado imperioso el asesoramiento profesional⁵.

Puede resultar ilustrativa a los fines de su inclusión o no en la normativa de consumidor, la clasificación de distintos tipos de inversores realizada en el derecho comparado. Por un lado, el pequeño inversor o ahorrista-accionistas o inversor no experto caracterizado como aquél con escasos conocimientos en materia financiera e incapaz de alcanzar la información necesaria por los propios medios. Por otro lado y en contraposición, se reconoce la categoría del inversor calificado, sofisticado o experto que es toda persona con conocimientos suficientes para "enjuiciar" las características de determinada inversión o que posee la capacidad para recabar y comprender dicha información ya sea por razones de su profesionalidad o por su capacidad económica.

Las definiciones de inversor sofisticado y de inversor pequeño son de amplia difusión en muchas de las normas que regulan el ahorro público intentándose con ella una doble finalidad: por un lado, proteger a los pequeños inversores prohibiendo la comercialización de ciertos valores que se estructuran por un negocio complejo; y por

² VILLEGAS, Carlos Gilberto, Títulos Valores y Valores Negociables, La Ley, Bs. As, pág. 911.

³ DEL ROSARIO, Cristian O., El deber de informarse del inversor financiero, LA LEY 16/12/2008, 16/12/2008, 5 - LA LEY2009-A, 66

⁴⁴ RUÍZ DE VELASCO, Adolfo, La protección del inversor, Cuadernos de Estudios Empresariales 1997, número 7, pág. 431-452.

⁵ HERNANDEZ, Carlos Alfredo, La responsabilidad de las entidades financieras por omisión de control de la actividad de sus dependientes frente al consumidor inversor. Defectos en el servicio prestado al usuario, ED, 26/03/2014, 1.

otro, permitir a los "emisores" simplificar los requisitos de información en razón que los destinatarios ya poseen conocimientos expertos⁶.

La postura de inclusión que se sostiene es avalada por precedentes jurisprudenciales que proporcionaron tutela al “pequeños inversor”⁷. Por su parte, existe normativa específica que reconoce implícitamente al consumidor inversor. Así, la ley 26831 regulatoria del Mercado de Capitales ha afirmado como uno de sus objetivos “Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor (art. 1 inc. b). Por ello, resulta indispensable que los mecanismos tutelares del inversor consumidor se construyan a través del dialogo de fuentes normativas. Así deberá existir un dialogo de complementación entre la LDC y la normativa consumeril que surge del C.C.yC. con la ley 26831 regulatoria del Mercado de Capitales en clave con el art. 42 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, si nos encontramos frente a un “pequeño inversor” o “inversor inexperto o no profesional” le resultará aplicable la normativa de defensa del consumidor con la finalidad de contrarrestar su debilidad estructural por carecer de la información necesaria que lo equipare a su co-contratante. Por ello, la obligación de informar sobre los riesgos del negocio deviene imperativa para la entidad financiera o bursátil y si la incumple deberá responder en forma objetiva por las futuras consecuencias dañosas.

En otro orden, debe tenerse presente que el oferente de activos financieros va a tratar por todos los medios de convencer al inversor potencial de la bondad de su producto, aprovechando para ello su superioridad técnica sobre él, con lo que le será relativamente sencillo inducirle a engaño, o sorprender su buena fe⁸. Esta situación permitiría al inversor plantear la nulidad total o parcial del contrato en virtud de lo

⁶ VALMAÑA OCHAÍTA, María - ALONSO UREBA, Alberto - VALMAÑA OCHAÍTA, María, Pág. 253, La responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de acciones, LA LEY (España), 2006.

⁷ Así se sostuvo que el Mercado de Valores y la Caja de Valores deben responder por los daños derivados de la rentabilidad frustrada ocasionada por la indisponibilidad de los títulos accionarios cuya restitución pretendían los accionantes, pues se acreditó que su conducta omisiva facilitó que el agente de bolsa, desde el ámbito de una sociedad anónima autorizada para operar, materializase varios hechos delictivos, los cuales guardan relación causal con el daño que se reclamaba. Para fundar la responsabilidad se ponderó la protección del consumidor inversor y se destacó el Decreto N° 677/2001, dictado por el Poder Ejecutivo de la Nación, relativo al "Régimen de transparencia de la oferta pública", y que se encontraba vigente para la época en que se consumaron los hechos objeto de la demanda, el día 22/5/2001. Asimismo, se sostuvo que “El fundamento último de todo el sistema público del mercado de valores es el inversor, sin el cual la presencia pública carecería de sentido...la moderna regulación de valores se basa precisamente en la confianza del inversor como clave de la eficacia del mercado, con lo que éste se convierte en razón última de la intervención. Por otra parte, la tutela del consumidor no es una cuestión cuya fuente se agote en la ley 24.240, sino que se remonta jerárquicamente al art. 42 de la Constitución Nacional (C4aCivComMinasPazyTribMendoza, 17/10/2013, Checchia Lezama, Alfredo c. Experta Bursatil S.A. y ots. s/ cumplimiento de contrato, LLGran Cuyo2014 (marzo), 207).

⁸ Es por ello que el art. 112 de la ley 26831 de Mercado de Capitales dispone que “La publicidad, propaganda y difusión que por cualquier medio hagan las sociedades emisoras, mercados, agentes y cualquier otra persona o entidad que participe en una emisión, colocación y negociación de valores negociables, no podrá contener declaraciones, alusiones, nombres, expresiones o descripciones que puedan inducir a error, equívoco o confusión al público sobre la naturaleza, precio, rentabilidad, rescate, liquidez, garantía o cualquier otra característica de los valores negociables, de sus sociedades emisoras o de los servicios que se ofrezcan” .

dispuesto por el art. 37 in fine de la LDC o, en su caso, la integración normativa de la publicidad en virtud del art. 8 de la LDC y 1103 del C.C.yC⁹.

A pesar de todo lo expuesto, debe tenerse presente que la normativa vigente que tutela al consumidor no basta con sus preceptos para proteger adecuadamente al inversor financiero o bursátil, dado que sus normas atienden más a las características de un mercado de bienes y servicios que a un mercado de inversión financiera. Es por ello que resulta necesario regular suficientemente la categoría para lograr una tutela eficiente.

4. Pautas de competencia en las operaciones de crédito y financieras¹⁰.

Como es sabido, la ley 26.993 –en su art. 58- modificó el art. 36 de la ley 24.240 que ya había sido modificado por la ley 26.361. La mencionada reforma se relaciona con la **competencia** y se adapta a las reglas dadas para el procedimiento ante el COPREC y ante la Auditoría. Así, el art. 36 in fine dispone: "*Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario*".

Como puede advertirse, se distinguen dos supuestos para establecer las pautas de competencia: a) que sea el consumidor quien demande al proveedor y b) que sea el proveedor quien demande al consumidor.

En el primer supuesto, el consumidor o usuario tiene como opción para elegir como juez competente al de las siguientes alternativas: *a) el lugar del consumo o uso, b) el de celebración del contrato, c) el del domicilio del consumidor o usuario, d) el del domicilio del demandado, e) o el del domicilio de la citada en garantía*. En esta inteligencia, corresponde destacar que el orden público vigente en materia consumeril - art. 65 LDC- impone el carácter imperativo de las normas de competencia, tanto para las partes como para los jueces. En consecuencia, las opciones que tiene el consumidor en cuanto a la competencia, no habilitan a que estos puntos de conexión puedan articularse de antemano al planteo del conflicto mediante cláusulas incorporadas en los contratos con el proveedor bajo el velo que aquél está autorizado a elegir. Dicho derechamente, es

⁹ La ley 26.831 en su art. 2 define a la oferta pública como la Invitación que se hace a personas en general o a sectores o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas, telefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, medios electrónicos, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión. Es por ello que tienen particular relevancia las precisiones efectuadas en la publicidad a los fines de considerárselas incluidas en el contenido del contrato.

¹⁰ ARIAS, María Paula, Reformas al régimen de consumo: impacto de la Ley 26993 sobre las operaciones de crédito y financieras; Rubinzal on line RC D 1112/2014.

recién al momento de entablar el reclamo y/o iniciar la demanda judicial cuando el consumidor deberá hacer la opción que la ley le habilita en cuanto a la competencia¹¹.

En el segundo supuesto, cuando las acciones son iniciadas por el proveedor, será competente el tribunal del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario. De este modo, desde el punto de vista procesal, los consumidores pueden interponer excepción de incompetencia a los proveedores que demanden en un domicilio distinto del real del consumidor (aun cuando hubieran pactado lo contrario).

Antes de la reforma introducida por la ley 26.993 y con la redacción anterior del art. 36 se han planteado dudas a la hora de evaluar si, no mediando excepción de incompetencia articulada por el consumidor demandado, el carácter de orden público que informa la legislación consumerista autoriza la declaración oficiosa de ineficacia de dicha prórroga. En tal sentido, debe tenerse presente que existe jurisprudencia que ha rechazado de oficio su competencia territorial. Así, se ha sostenido que aún no mediando un pacto de prórroga de la jurisdicción (no lo había en el caso), si se interpretase que el hecho de demandar ante los tribunales con sede en otro lugar distinto al del domicilio real del consumidor implica una mera propuesta del actor para que si, el demandado la acepta, se active el desplazamiento de atribución jurisdiccional, se estaría no ante un pacto expreso sino tácito de prórroga, pauta admitida en general para otras relaciones jurídicas pero excluida legalmente en materia consumerista¹².

En idéntico sentido la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario¹³ confirmó la decisión del Juez de Primera Instancia Civil y Comercial de Distrito de la Séptima Nominación de Rosario en cuanto a que se declaró incompetente de oficio en virtud que el domicilio real de la demandada se encontraba en la ciudad de Paraná, Entre Ríos y con fundamento en el art. 36, in fine de la Ley 24240. Sostuvo que "la actuación de oficio del juez se justifica plenamente sea bajo la idea de fraude a la ley, sea bajo la idea de estar en juego una ilicitud causal por oposición a normas legales de orden público".

En otro orden, debe tenerse presente como pauta interpretativa que alguna doctrina¹⁴ ha considerado que en caso de que en el contrato de consumo se hubiere incluido una cláusula expresa de prórroga de jurisdicción, no hará falta lograr judicialmente primero la descalificación de la misma por vía de su declaración de nulidad, toda vez que esa ineficacia (que implica un supuesto de nulidad y no anulabilidad) opera ministerio legis.

A mayor abundamiento, la cláusula de prórroga de jurisdicción constituye una cláusula abusiva ya que importa una renuncia o restricción al derecho del consumidor de ser demandado en su domicilio real (art. 37, inc. b), Ley 24240 y art. 36, mod. Ley 26993). En este sentido, se ha sostenido con acierto que respecto del criterio general contenido en el inc. b) del art. 37, subyace en él la noción de equivalencia de las prestaciones, de manera que no es legítimo imponer al consumidor renunciaciones a sus derechos que comporten un desequilibrio de la economía del contrato; en otros términos, se puede decir que la cláusula renunciativa es valorada en orden a sus consecuencias, o sea, será considerada vejatoria si su existencia impide al consumidor

¹¹ JUNYENT BAS, Francisco y GARZINO, M. Constanza, Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo: la Ley 26993, Errepar.

¹² CApel Civ y Com de Santa Fe, Sala 1, "Asociación Mutual General San Martín c/ Forgiarini, Juan Carlos s/ Demanda Ordinaria, Protocolo único de Sentencias, tomo 6, folio 304.

¹³ "Banco Patagonia S.A. c/ Caño, Ramón Ricardo s/ Juicio Ejecutivo" (Expte. N° 337/2012).

¹⁴ Molina Sandoval, Carlos; Müller, Enrique; Saux, Edgardo.

alcanzar los resultados o fines que legítimamente podía esperar del negocio. Quedan, también, comprendidas dentro de este criterio las renunciaciones a derechos reconocidos en la propia ley de defensa del consumidor -como ocurre con el derecho consagrado en el art. 36, in fine- dado el carácter de orden público que ella ostenta en virtud del art. 65¹⁵.

Asimismo, concuerdo con la doctrina¹⁶ que postula que la sanción de nulidad dispuesta para las cláusulas abusivas es de carácter absoluto -ello a causa de las razones de orden público de protección implicadas- a consecuencia de lo cual, sus efectos actúan erga omnes o de pleno derecho y sin posibilidad de subsanación. Y, respecto a sus alcances, se trata de una nulidad parcial; ya que el mismo precepto del art. 36 dispone la nulidad del pacto en contrario dejando implícitamente a salvo la validez del contrato celebrado.

Por último, cabe mencionar que desde que fue incluida la pauta de competencia por la Ley 26361 -anterior a esta reforma-¹⁷, se ha señalado que la previsión debió metodológicamente estar contenida en el artículo subsiguiente para no quedar limitada a las operaciones de crédito y financieras para el consumo. Sin embargo, alguna doctrina invocando la aplicación analógica legitimada como recurso hermenéutico por el art. 16 del Código de Vélez derogado, interpretaba que la norma de competencia prevista en el art. 36, in fine de la Ley de Defensa del Consumidor modificada por la Ley 26361 resultaba extensiva a todo tipo de contrato de consumo que generara un supuesto de litigiosidad. De acuerdo a esta postura, la norma tenía aplicación a todo el contexto de la ley, involucrando incluso demandas ejecutivas derivadas de cheques o pagarés librados por el consumidor si se lo demandaba en otra jurisdicción ajena a la de su domicilio real, en cuyo caso la excepción de incompetencia por desconocimiento de una norma de orden público podría sustentarse con la mera exhibición del contrato de financiamiento.

Nuevamente, la reforma dejó pasar la oportunidad de brindar una tutela más clara y acentuada al consumidor. En la actualidad, al haberse ratificado la ubicación metodológica de las pautas de competencia, resulta al menos dudoso que pueda sostenerse que el art. 36, in fine pueda aplicarse a cualquier contrato de consumo ya que la norma resulta contundente y limitativa al respecto. Nótese que se mantiene la referencia indubitada a los "litigios relativos a los contratos regulados por el presente artículo".

5. Consumidor financiero vs títulos cambiarios.

El recurso al pagaré u otros títulos cambiarios, con su inherente nota de abstracción y exclusión o inoponibilidad de excepciones, sumado a la vía ejecutiva que lo caracteriza, puede ser un terreno fértil para prácticas abusivas y circunstancias que pongan en riesgo intereses jurídicamente relevantes de los consumidores¹⁸.

Por ello, uno de los desafíos del derecho del consumo actual radica en concretar la protección del consumidor cuando en el marco de una operación de crédito para el

¹⁵ FRUSTAGLI, Sandra A., Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino), JA 1999 III 975; LORENZETTI, Ricardo, "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 5, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1994.

¹⁶ FRUSTAGLI, S., "Ineficacia... op. cit."

¹⁷ El art. 36 in fine disponía: "Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor".

¹⁸ PAOLANTONIO, Martín E., Monólogo de fuentes: el caso del pagaré de consumo, LA LEY 20/05/2015, 1; LA LEY 2015-C, 823.

consumo se ve compelido a suscribir un título cambiario –generalmente pagaré– encontrándose inmerso en el contexto de los títulos ejecutivos, circulatorios y abstractos y la normativa que les resulta aplicable.

La utilización de títulos ejecutivos con efectos cambiarios en las operaciones reguladas por el art. 36 LDC, desde los hechos representa un ámbito de vulnerabilidad de los consumidores en la medida en que si la deuda generada en el crédito para consumo se documentó en ese tipo de instrumentos abstractos (con relación a la omisión a la referencia causal del negocio que los genera), todo el andamiaje tutelar se diluye frente a aquella ejecutividad y a la prohibición existente de la alegación de esa génesis causal de rango consumerista, la cual quedaría postergada hasta la eventual promoción de un proceso común u ordinario en notoria contradicción con el espíritu tuitivo de la LDC¹⁹.

Aunque la cuestión ha sido abordada por la doctrina y en cada vez más frecuentes pronunciamientos por la jurisprudencia, lo cierto es que el camino no resulta sencillo de resolver, porque tensionan el orden público de la ley de defensa del consumidor, con la tutela del crédito y la seguridad del tráfico²⁰.

Dicha confrontación de principios y normas vigentes ha dado lugar a un fallo Plenario autoconvocado en el que se ha sostenido que: "En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal: 1. Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución; 2. Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor"²¹.

Sin embargo, no puede soslayarse el problema de cómo se dilucida que el título en ejecución esconde una relación de consumo. Así se ha decidido que la presunción de que se está frente a una operación financiera para consumo o de crédito para el consumo surge de distintos tipos de indicios. A saber: a) el monto bajo del pagaré (dado que se presume que un comerciante compra al mayorista y por ende por montos altos); b) la calidad de persona jurídica del beneficiario y de persona física del librador; c) ser el ejecutante un banco o entidad financiera; d) el nombre "delator" del ejecutante (por ej.: "Financor"); e) tener el ejecutante varios juicios ejecutivos iniciados (dato que surge de una indagación de oficio chequeando los ejecutivos promovidos en la Receptoría General de Expedientes, lo que puede hacerse ingresando a la página web respectiva); f) conocer el juez que la entidad ejecutante normalmente promueve juicios ejecutivos, de acuerdo a la experiencia adquirida al frente del juzgado, etc²².

¹⁹ QUIROGA, Marcelo, Los títulos de crédito frente a los derechos del consumidor y el título ejecutivo (a propósito de la ley 26.361), en La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361, coord. por Ariel Ariza, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, pag. 81 a 120.

²⁰ Hernández, Carlos A. "Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo", La Ley 2013-D, pág. 94 y ss.

²¹ CN Apel Com Auto convocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores", CNCom, 29/06/11, Plenario Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

²² IBARLUCÍA, Emilio A., Conflicto entre las leyes de títulos abstractos y la Ley de Defensa del Consumidor. Análisis constitucional, LA LEY 15/06/2015, 1; laleyonline AR/DOC/1436/2015.

Con relación a estas presunciones, algunos tribunales aplican un criterio restrictivo²³ y otros no²⁴. La Suprema Corte de Buenos Aires, en la causa "Cuevas, Eduardo c. Cáceres, Alejandro" hizo prevalecer la norma de la ley 24.240 sobre la disposición respectiva del ordenamiento procesal de la provincia afirmando que una interpretación literal del art. 36 de la LDC llevaba a entender que el amparo del consumidor quedaba acotado a las acciones promovidas por convenciones "causales" en las que era posible examinar si se trataba de operaciones financieras para consumo pero que debía imperar un criterio hermenéutico que permitiera arribar a la solución que protegiera del modo más eficiente la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y vulnerables como los consumidores²⁵. Sin embargo, con posterioridad el mismo tribunal ha rechazado declaraciones de incompetencia de jueces sobre la base de que no surgían del instrumento ejecutado con claridad elementos que en forma indubitable hicieran presumir que respondía a una operación de crédito para consumo²⁶ lo que demuestra que el tema no se encuentra cerrado.

Por su parte, la doctrina ha ido más allá y en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013 se concluyó que frente a la ejecución de pagarés de consumo, el consumidor podrá ejercer todas las defensas causales e invocar las normas protectorias del Derecho del Consumidor, en razón que la emisión de pagarés de consumo constituye una práctica vejatoria. Lo mismo podrá efectuar en cualquier proceso ejecutivo, en el marco de una relación de consumo. Cuando resulte notoria la existencia de una relación de consumo el juez podrá de oficio aplicar las normas de Defensa del Consumidor, entre ellas la nulidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción territorial²⁷.

Resulta muy común que los proveedores del crédito al consumo recurran a la utilización de títulos cambiarios en franco fraude a la LDC. Dichas conductas deberían reexaminarse bajo el prisma de las prácticas abusivas, para aplicar las sanciones que correspondieren entre ellas la imposición de daños punitivos como una herramienta de neto corte preventivo y disuasorio.

El debate se encuentra abierto, siendo indispensable una reforma legislativa que regule la cuestión. Existen alternativas concretas que permiten modificar el régimen legal actual, otorgando al consumidor una posición jurídica diferenciada del deudor cambiario "común" en materia de defensas oponibles. Sin embargo, el principal desafío para una tutela eficaz lo plantean las normas procesales que limitan (de manera más amplia que la regla sustancial de inoponibilidad de excepciones) las defensas oponibles en el juicio ejecutivo²⁸.

Sin embargo, mientras la esperada reforma no se produzca el conflicto entre las reglas que proporciona la LDC y las normas sobre títulos abstractos debe resolverse a

²³ CNCCom. sala B, resol. del 24/08/09, eDial.com-AA500C; Sala A, resol. del 25/10/11, laleyonline AR/JUR/75795/2011.

²⁴ CNCCom. sala E, resol. del 7/02/12, eDial.com-AA75D8; resol. del 20/03/13, LL 2013-D, 299; y del 10/03/10, laleyonline AR/JUR/12983/2010.

²⁵ CSBA, Rc. 109.193, resol. del 1/09/10

²⁶ SCBA, C. 112.833, resol. del 23/06/10; C. 108.875 del 30/03/10; C. 111.325 del 13/10/10; C. 113.588 del 22/12/10; C. 117.310 del 26/02/13; 114.308 del 27/04/11.

²⁷ Conclusión N° 9 del punto II de la Comisión N° 8 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013 realizadas en Bs. As.

²⁸ PAOLANTONIO, Martín E., Monólogo de fuentes: el caso del pagaré de consumo, LA LEY 20/05/2015, 1; LA LEY 2015-C, 823.

través del juicio de ponderación²⁹ en virtud del cual se hará prevalecer una regla sobre la otra teniendo en cuenta los fines buscados por las respectivas leyes y sopesando el grado de sacrificio que los derechos consagrados en ellas pueden sufrir al ser desplazados por los otros.

Una solución intermedia que tutele los derechos de los consumidores y a la vez no descuide la seguridad del tráfico que proporcionan los títulos cambiarios estaría dada por la posibilidad que el juez ordene el mandamiento de intimación de pago y embargo (siempre que el documento reúna los requisitos de título hábil), y espere la respuesta del ejecutado. Si éste no opone excepciones o nada dice con relación a una relación de consumo subyacente, debe dictarse sentencia y seguir adelante la ejecución salvo que se haya producido la prórroga de la jurisdicción en cuyo caso el juez deberá declarar su incompetencia de oficio ya que en este supuesto se encuentra en juego el derecho al acceso a la jurisdicción. Si, en cambio, el ejecutado se presenta y alega que el documento responde a un préstamo para consumo y explica el perjuicio causado, el juez deberá correr traslado al ejecutante para que alegue lo que considere con derecho y ofrezca la prueba pertinente. En tal situación, el juez, debería ordenar la formación de un incidente, con la consiguiente producción de prueba, para dilucidar la cuestión. Con relación a la prueba deberá aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas consagrada en el art. 53 parr. 3 LDC y art. 1735 del C.C.yC.

Así, en el caso de que el ejecutado alegue que el documento responde a una operación para consumo, deberá decir, en función de la enumeración de los requisitos que el art. 36 de la LDC impone a este tipo de operaciones, cuáles no se han cumplido y el perjuicio que ello le ha causado. En cualquier supuesto de omisión de tales requisitos, el deudor tiene derecho a pedir la nulidad del contrato instrumentado por medio del pagaré, y si el juez declara la nulidad parcial, simultáneamente debe integrar el contrato si ello es necesario. El mismo art. 36 prevé que si lo omitido es la tasa de interés efectiva anual se integre con la tasa pasiva promedio difundida por el BCRA. En otras palabras, la misma LDC prevé la solución y si bien algún "sacrificio" sufren los títulos abstractos, aquél no es tan grande como sería el liso y llano rechazo "in limine" de la ejecución³⁰.

Diferente es la situación si quien se presenta a ejecutar el título es un tercero – por ej. endosatario de un pagaré– respecto de quien, en principio, la presunción de la relación de consumo no se aplica. En estos casos se procura preservar el carácter circulatorio de los títulos cuyo elemento principal radica en evitar el trámite de la cesión de créditos. No obstante, deberá analizarse con cautela si la transmisión del título se efectuó a un sujeto vinculado al proveedor directo con una finalidad económica común (arts. 1073/1075) y obedece a un claro propósito de fraude a la normativa de consumo. Si se acreditan dichos extremos, las defensas causales resultarían procedentes.

²⁹ La ley de ponderación, puede sintetizarse en la siguiente regla: "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". La ley de ponderación se divide en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Los tres etapas implicarían "juicios racionales": primero la intensidad, luego la importancia de las razones que justifican la interferencia y tercero la relación entre ambas. Sin la realización de estos juicios, las críticas de Habermas y Schlink (autores que consideran irracional el método de la ponderación) serían correctas (ALEXY, Robert, La construcción de los derechos fundamentales, Ad-Hoc, Bs. As., 2010).

³⁰ IBARLUCÍA, Emilio A., Conflicto entre las leyes de títulos abstractos y la Ley de Defensa del Consumidor. Análisis constitucional, LA LEY 15/06/2015, 1; laleyonline AR/DOC/1436/2015.

6. Conclusiones: Se propone que las presentes Jornadas declaren:

6.1. De Lege Lata:

6.1.1. Resulta aplicable a los servicios financieros o bursátiles la normativa del consumidor en la medida que se dé el vínculo intersubjetivo calificado como relación de consumo previsto en el art. 3 de la LDC y 1093 del C.C.yC.

6.1.2. Debe entenderse comprendido en el ámbito de aplicación de la normativa del consumidor al “pequeño inversor” por la especial vulnerabilidad informativa que adolece y siempre que sea el destinatario final de la actividad consistente en invertir en mercados financieros públicos o privados y no utilice la inversión como un medio de desarrollo o de trabajo de su propia actividad empresarial. Los mecanismos tutelares del inversor consumidor se deben construir a través del dialogo de fuentes normativas. Así deberá existir un dialogo de complementación entre la LDC y la normativa consumeril que surge del C.C.yC. con la ley 26831 regulatoria del Mercado de Capitales en clave con el art. 42 de la Constitución Nacional.

6.1.3. Las opciones que tiene el consumidor en cuanto a la competencia, no habilitan a que estos puntos de conexión puedan articularse mediante cláusulas incorporadas de antemano en los contratos con el proveedor al planteo del conflicto bajo el velo que aquél está autorizado a elegir, sino que es recién al momento de entablar el reclamo y/o iniciar la demanda judicial, cuando el consumidor deberá hacer la opción que la ley en el art. 36 le habilita en cuanto a la competencia. En cambio, cuando las acciones son iniciadas por el proveedor, será competente el tribunal del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

6.1.4. Constituye una práctica abusiva que afecta el trato digno y equitativo que debe garantizarse a todo consumidor, la emisión de títulos cambiarios en franco fraude a la normativa consumeril. En tales casos, debe permitirse al deudor el planteo de todas las defensas propias de la relación causal. Asimismo, resulta procedente ante tales conductas la imposición de daños punitivos como una herramienta de neto corte preventivo y disuasorio.

Una solución intermedia que tutele los derechos de los consumidores y a la vez no descuide la seguridad del tráfico que proporcionan los títulos cambiarios estaría dada por la posibilidad que el juez ordene el mandamiento de intimación de pago y embargo (siempre que el documento reúna los requisitos de título hábil), y espere la respuesta del ejecutado. Si éste no opone excepciones o nada dice con relación a una relación de consumo subyacente, debe dictarse sentencia y seguir adelante la ejecución salvo que se haya producido la prórroga de la jurisdicción en cuyo caso el juez deberá declarar su incompetencia de oficio ya que en este supuesto se encuentra en juego el derecho al acceso a la jurisdicción. Si, en cambio, el ejecutado se presenta y alega que el documento responde a un préstamo para consumo y explica el perjuicio causado, el juez deberá correr traslado al ejecutante para que alegue lo que considere con derecho y ofrezca la prueba pertinente. En tal situación, el juez, debería ordenar la formación de un incidente, con la consiguiente producción de prueba, para dilucidar la cuestión. Con relación a la prueba deberá aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas consagrada en el art. 53 parr. 3 LDC y art. 1735 del C.C.yC.

En el caso que sea un tercero quien se presente a ejecutar el título deberá analizarse con cautela si la transmisión del mismo se efectuó a un sujeto vinculado al proveedor directo con una finalidad económica común (arts. 1073/1075) y obedece a un

claro propósito de fraude a la normativa de consumo. Si se acreditan dichos extremos, las defensas causales serían procedentes.

6.2. De Lege Ferenda:

6.2.1. La normativa vigente que tutela al consumidor no basta con sus preceptos para proteger adecuadamente al inversor financiero o bursátil, dado que sus normas atienden más a las características de un mercado de bienes y servicios que a un mercado de inversión financiera. Es por ello que en una futura reforma resulta necesario regular suficientemente la categoría teniendo presente las notas que le son propias con la finalidad de lograr una tutela eficiente.

6.2.2. En una futura reforma la pauta de competencia del domicilio real del consumidor debería incorporarse en el art. 37 de la LDC a los fines de resultar aplicable a todo contrato de consumo y no únicamente a las operaciones de crédito y financieras.

6.2.3. Resulta necesaria una reforma legislativa que otorgue al consumidor una posición jurídica diferenciada del deudor cambiario "común" en materia de defensas oponibles. Sin embargo, el principal desafío para una tutela eficaz lo plantean las normas procesales que limitan las defensas oponibles en el juicio ejecutivo debiendo ser también las mismas objeto de una reforma en aras de la seguridad jurídica.