

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

## **LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMIDOR POR OMISIÓN DE REQUISITOS INFORMATIVOS**

### **La necesidad de su interpretación morigeradora e integral**

**Autor:** Esteban Javier Arias Cáu\*

**Resumen.** *La sanción de nulidad del contrato bancario con consumidores que establece el art. 1389 del Código Civil y Comercial ante la omisión de los requisitos allí establecidos, nos parece excesiva y que deberá interpretarse en el marco de protección al consumidor en general (art. 1094 y 1095, CCyC), como especial (art. 37, ley 24.240), a fin de evitar dejar sin efecto un vínculo jurídico sobre una operación económica que el consumidor necesita y requiere a una entidad bancaria.*

### **I.- INTRODUCCIÓN**

El derecho de defensa del consumidor puede considerarse el Derecho Civil del Siglo XXI, y como tal, resulta aplicable a la mayoría de las operaciones económicas y jurídicas que realizan los ciudadanos comunes. A partir de su expresa incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación, revitalizará sus estudios sistemáticos y generalizará sus soluciones en los casos concretos.

Empero, a diferencia del método seguido en otros contratos típicos, el legislador nacional ha considerado necesario incluir normas concretas referidas a los consumidores bancarios, introduciéndose una solución opinable y poco eficaz en el art. 1389 que corresponde interpretar, teniendo como guía el principio protectorio de raigambre constitucional.

### **II.- EL CONSUMIDOR BANCARIO**

En general, la frase *actividad financiera* implica un género de funciones que admite dos especies principales como son la bancaria y la bursátil. Así, se las distinguió en “bancaria (que abarca distintos entes: bancos y sus clases –comerciales, de inversión, etc.-, compañías financieras, cooperativas, cajas de crédito) y la bursátil (que abarca otros tanto sujetos, a partir del mercado de capitales y quienes participan e él, bolsas, corredores de bolsa, etc.)<sup>1</sup>”. Toda esta actividad en sentido amplio es atrapada por el derecho, que la juridiza, pudiéndose clasificar en un derecho bancario y un derecho bursátil, que tienen regulaciones legales, autoridades de aplicación y objetivos

---

\* Profesor Adjunto Derecho Civil III (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS. Secretario de la Sede Jujuy, del Instituto “Noroeste”, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> GERSCOVICH, Carlos G., “La empresa y la actividad financiera: bancaria y bursátil”, en *Derecho empresario*, dirigido por Marcelo Gebhardt, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 351: “Cabe aclarar que aquella –la actividad financiera- es la categoría general en la que están comprendidas diversas actividades de los mercados monetarios, financiero y bancario, incluso en los que se prestan servicios que se vinculan con los pagos y las transacciones monetarias (como lo que se hacen a través de Internet, los cajeros automáticos, los de pago fácil o pago mis cuentas, etc.)”. Ampliar en LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Reimpresión*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, T° III, p. 391 y ss.

completamente diferentes<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo, nos ocuparemos sólo de la primera.

A poco de sancionada la ley 24.240 de defensa de consumidores (LDC) se produjo la incorporación del régimen tuitivo al ordenamiento jurídico de la República Argentina, de una manera orgánica y a través de la regulación de institutos novedosos.

En este orden de ideas, el régimen del consumidor, su naturaleza, su ámbito de aplicación, los polos de la relación de consumo causaron un cisma<sup>3</sup> en la interpretación jurídica del derecho privado, que dejó de utilizar los criterios clásicos incluidos en los Códigos Civil y de Comercio, constituyéndose en un elemento renovador que influyó notablemente en varios aspectos de la teoría general del contrato. Precisamente, uno de los primeros escollos a su concreta aplicación fue la “contratación bancaria” que adujo que poseía un ordenamiento jurídico particular, con su propia autoridad de aplicación y sujeta a sus propios principios e instituciones. En otros términos, se expresaba por ciertos doctrinarios<sup>4</sup> que el régimen del consumidor no se aplicaba a las entidades financieras o bancarias porque éstas se encontraban reguladas por leyes específicas, como la ley de entidades financieras (21.526) o la normativa dictada por el Banco Central de la República Argentina<sup>5</sup> (BCRA), constituyéndose en un régimen especial por comparación al general, propio del derecho común.

Por ello fue relevante la interpretación de los autores especializados que sostuvieron que el *consumidor bancario* o de créditos o de servicios bancarios tenía también protección<sup>6</sup> dentro del régimen del consumidor. Se establecieron nuevos principios y criterios de interpretación, diferentes a los tradicionales, afirmándose la autonomía del microsistema con fuente constitucional<sup>7</sup> (art. 42) que le “confiere al

---

<sup>2</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos...*, cit., Tº III, p. 394: “En el mercado de dinero se ofrecen y demanda activos financieros de corto plazo, que cubren necesidades de tipo coyuntural o temporario, tratándose de instrumentos dotados generalmente de elevada liquidez y bajo riesgo. La principal regulación surge de la Ley de Entidades Financieras 21.526, reformada por ley 24.144, con un control a cargo del Banco Central, mediante la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (...) En el mercado de capitales, en cambio, se ofrecen y demandan activos financieros de mediano y largo plazo, como las obligaciones negociables no emitidas como *comercial papers* (...) y las acciones. Las instituciones son las bolsas (ley 17.811) y mercados de valores”.

<sup>3</sup> ARIAS CÁU, Esteban J., “Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”, LA LEY Patagonia 2008 (diciembre), 544-554.

<sup>4</sup> BONFANTI, Mario A., “El cliente de banco y la ley 24.240”, JA 1999-II-704.

<sup>5</sup> CSJN, 28/07/2005 “Banco de la Nación Argentina c. Programa de Defensa de consumidor Comercial y Cooperativas de la Provincia de San Luis”, LA LEY, 2005-E, 509. Ver nota a fallo de VILLEGAS, Carlos G., “Ley de defensa del consumidor y entidades financieras”, LA LEY 2005-E, 850, quien concluye que: “En síntesis, nos parece una sentencia desacertada y, lo que es más grave, un peligroso precedente si se pretendiera interpretar la mención a las facultades del BCRA como totalmente excluyentes de las de cualquier otra autoridad”. Cfr., DEL ROSARIO, Cristian O., “La ley de defensa del consumidor y el Banco Central de la República Argentina como autoridad de aplicación”, LA LEY 2006-A, 635, en la cual hace un distingo entre la afectación del sistema financiero donde otorga preponderancia al BCRA y en el ámbito del consumidor, aconseja una “especie de auto restricción en las otras, de manera que su juzgamiento esté en manos de los tribunales que establece la ley de defensa del consumidor”. Ampliar en ARIAS CÁU, Esteban J., “La prescripción liberatoria del consumo (a la luz de la ley 26.361)”, RCyS 2009, ps. 30-64.

<sup>6</sup> MOEREMANS, Daniel E., “Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores (ley 24.240)”, LA LEY 1997-E, 1267; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El cliente de una entidad financiera –de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240”, JA 1999-II-841; STIGLITZ, Gabriel A., “Últimas resistencias contra la protección del consumidor”, JA 1999-II-843; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto –ROMERA, Oscar, “La Ley de Defensa del Consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente judicial”, LA LEY 1996-C, 1004.

<sup>7</sup> Una interpretación reciente y concordante con el texto puede verse en CSJN, 19/03/2014, “Banco de la

Derecho de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias legales tradicionales<sup>8</sup>”.

De este modo, desde un punto de vista subjetivo, se arribó a la conclusión que ambas normas que delimitaban los conceptos de consumidor (art. 1, LDC) y proveedor (art. 2, LDC), respectivamente, eran complementarias<sup>9</sup>, y que los bancos<sup>10</sup> y las entidades financieras se encontraban incluidas en su normativa.

Empero, la discusión pasó al plano objetivo. Recordemos, que las operaciones bancarias pueden clasificarse<sup>11</sup> en activas<sup>12</sup>, pasivas<sup>13</sup> o neutras<sup>14</sup>, según que el banco o entidad financiera sea acreedor, deudor o simplemente intermediario, respectivamente. Es decir, cuando el banco otorga créditos a sus clientes, adquiere la calidad de acreedor<sup>15</sup> realizando una operación activa, por ejemplo: Préstamos personales. Por el contrario, si el banco capta recursos de la comunidad, adquiere la calidad de deudor realizando una operación pasiva<sup>16</sup>, por ejemplo: plazo fijo<sup>17</sup>. Por último, el banco puede

---

Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”, LA LEY 2014-D, 377, Online AR/JUR/3134/2014, del voto del Dr. Lorenzetti, quien sostuvo: “Ciertamente, es la Constitución Nacional, en su art. 42, la fuente directa y esencial del reconocimiento y de la tutela de los derechos de usuarios y consumidores, que les concede un carácter iusfundamental. Se trata de los ‘derechos civiles constitucionalizados’. El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el derecho del consumidor, en el que se ha tenido en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado de usuarios y consumidores como rol socialmente definido”.

<sup>8</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 49, agregándose: “Por ello, no es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior, o especial, como se ha notado en numerosos casos”. Ampliar en CSJN, 19/03/2014, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”, LA LEY 2014-D, 377, Online AR/JUR/3134/2014.

<sup>9</sup> MOEREMANS, Daniel E., “Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores (ley 24.240)”, LA LEY 1997-E, 1267: “De manera tal que sólo los consumidores o usuarios definidos en el art. 1º se encuentran protegidos por esta ley y en tanto y en cuanto contraten con un proveedor de cosas o servicios, definidos en el art. 2º. Y a la inversa, si se presenta el segundo aspecto más no el primero, los proveedores de cosas o servicios no estarían alcanzados (obligados) por la misma”.

<sup>10</sup> CNCom., sala A, 03/12/2002 “Cosentino, Osvaldo Alfredo y otro c. H.S.B.C. Banco Roberts”, LA LEY Online AR/JUR/6635/2002, del voto en disidencia de la doctora Míguez: “Desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo, el contrato bancario constituye un contrato de consumo en la medida que el cliente sea consumidor final de una operación de crédito, activa o pasiva, lo que excluye al consumo cuyo objetivo es para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, circunstancia esta última que no ha sido invocada por ninguna de las partes”.

<sup>11</sup> De modo reciente, se ha postulado una nueva clasificación. Cfr., GERSCOVICH, Carlos G., *Consumidores bancarios...*, cit., p. 65: “Según la doctrina actual, las operaciones bancarias pueden ser de cuatro clases: a) Pasivas, b) Activas, c) Neutras, d) Fuera de balance”.

<sup>12</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos...*, cit., Tº III, p. 429: “Las operaciones activas son aquellas en las cuales el banco concede crédito al cliente asumiendo un rol acreedor...”

<sup>13</sup> BARBIER, Eduardo A., “Contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en Revista Derecho Privado. *Reforma del Código Civil III. Contratos*, dirigido por Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Infojus, Buenos Aires, 2013, p. 136 menciona operaciones reguladas dentro del Código Civil y Comercial.

<sup>14</sup> BOLLINI SHAW, Carlos y BONEO VILLEGAS, Eduardo, *Manual para operaciones bancarias y financieras*, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 510, quien brinda como ejemplo de operación neutra la contratación del servicio de cajas de seguridad, concluyendo: “Es un servicio complementario o neutro y está asegurado por una remuneración moderada”.

<sup>15</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., p. 440: “En las operaciones activas se puede afirmar sin lugar a dudas que el cliente es el destinatario final cuando se trata de créditos para consumo y están contempladas en el artículo 36”, de la ley 24.240.

<sup>16</sup> GERSCOVICH, Carlos G., “La empresa y la actividad financiera: bancaria y bursátil”, en *Derecho empresario*, dirigido por Marcelo Gebhardt, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 373: “con las cuales los

realizar otras operaciones que no son conocidas como típicas, prestando una serie de servicios anexos o accesorios de su actividad principal, denominándose operaciones neutras, por ejemplo: Cobro de impuestos o servicios.

Las operaciones bancarias activas, a su vez, pueden ser principales y accesorias<sup>18</sup>. Las primeras son aquellas en las cuales el banco presta dinero a sus clientes, generalmente por intermedio del contrato de mutuo, el cual incluye el capital, intereses, gastos y comisiones. Ahora bien, para resguardarse de la operación, se perfecciona un contrato accesorio de garantía que dependerá de la índole del negocio principal, pudiendo ser una fianza, prenda o hipoteca. El carácter comercial dependerá de la naturaleza de la obligación principal. Aquí también fue objeto de discusión, si las operaciones neutras<sup>19</sup> que son aquellas que “no pertenecen a la categoría de las pasivas o activas<sup>20</sup>”, también estaban incluidas en el régimen tuitivo<sup>21</sup>. No obstante ello, la doctrina culminó por aceptar que las operaciones neutras también estaban incluidas en la relación de consumo en virtud que el banco o entidad financiera prestaba un servicio<sup>22</sup> y por tanto se encontraba atrapado por el art. 1 de la ley 24.240. En este orden de ideas, la doctrina mayoritaria afirmó que “la Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a todos los negocios bancarios, en tanto y en cuanto concurren ciertos requisitos<sup>23</sup>”.

En otros términos, en materia de prestación de servicios, la frase debe ser entendida en sentido amplio<sup>24</sup>, y por lo tanto excede al contrato de locación de servicios

---

bancos de inicio se alimentan, captando fondos del público, en forma de depósito, préstamo, etc., que llevan aparejada la obligación de restitución; consecuentemente, a través de ellas el banco deviene deudor dinerario en virtud de esa obligación de restitución”.

<sup>17</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., p. 441: “... se ha señalado que aquel 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. El argumento no es defendible toda vez que la utilización financiera del dinero depositado es realizada por el banco y no por el cliente que deposita; entre el cliente que deposita dinero y el banco hay un contrato que se agota con ese uso del dinero, y por ello también en este caso es una operación de consumo”.

<sup>18</sup> ABDALA, Martín E., *El deber de información. Su existencia, contenido y alcance en el derecho contractual en general y en los negocios bancarios en particular*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, p. 143.

<sup>19</sup> Estas operaciones parecen “ciertamente poco bancarias, en términos económicos, o sea en términos objetivo causales”. Cfr., GERSCOVICH, Carlos G., “La empresa...”, cit. p. 374.

<sup>20</sup> BARBIER, Eduardo A., “Contratos bancarios...”, cit., p. 136. Conf., GERSCOVICH, Carlos G., “La empresa...”, cit., p. 374.

<sup>21</sup> Conf., MOEREMANS, Daniel E., “Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores (ley 24.240)”, LA LEY 1997-E, 1267: “la ley de protección al consumidor es aplicable a las operaciones bancarias, sea que se trate de operaciones activas destinadas a consumo, cuanto de operaciones pasivas. En cuanto a las activas destinadas a integrarlas a procesos de producción, en principio estarían excluidas al igual que las neutras”. En contra: LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos...*, cit., 2006, T° III, p. 430. “Son calificables como de consumo a tenor de la clara disposición del artículo 1° de la ley 24.240 (...) Más allá de este debate lo cierto es que el banco, en principio, no responde por los casos en los que ofrece servicios de terceros como intermediario, salvo los supuestos de excepción en que pueda demostrarse una conexidad relevante”.

<sup>22</sup> Por ejemplo, por medio de un contrato previo con las empresas prestadoras se pueden pagar impuestos o servicios en las cajas bancarias como otros servicios (telefonía móvil o cable). Conf., ARIAS CÁU, Esteban J., “El Código unificado: una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor”, en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, La Ley, Buenos Aires, octubre 2011, ps. 94-110. Ampliar: BOLLINI SHAW, Carlos y BONEO VILLEGAS, Eduardo, *Manual...*, cit., p. 509.

<sup>23</sup> ABDALA, Martín E., *El deber de información...*, cit., p. 131, postura que adhiere el autor.

<sup>24</sup> GERSCOVICH, Carlos G., “La empresa...”, cit., p. 270, quien recuerda el art. 3 del Código del Consumidor de Brasil (ley 8078): “cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral”. Ampliar en Lima Marques, Cláudia, “La propuesta de

del Código Civil, comprendiendo cualquier servicio<sup>25</sup>, incluyendo una variedad innumerable de contratos, a saber: “hotelería, cines, teatros, restaurantes, tintorerías, telefonía celular, tarjetas de crédito, medicina prepaga, reparaciones en general, otros productos bancarios, financieras, cerramientos, turismo, inmobiliarias, seguros, limpieza y similares y cursos de capacitación, cuidado por atención de personas, agencias matrimoniales, mensajería de motos, confección de parasoles, venta de localidades en espectáculos públicos, entre otros<sup>26</sup>”.

### III.- DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

#### III.1 De la incorporación del contrato bancario con consumidores

El Código Civil y Comercial (ley 26.994) incluyó un Capítulo 12 denominado como “Contratos bancarios”, que se inserta entre el contrato de depósito (capítulo 11) y el contrato de factoraje (capítulo 13), contando con dos secciones y abarca desde el art. 1378 hasta el 1420 inclusive, a saber: 1) Sección 1ª “Disposiciones generales” subdividida en Parágrafo 1º “Transparencia de las condiciones contractuales” y Parágrafo 2º “Contratos bancarios con consumidores y usuarios”; 2) Sección 2ª “Contratos en particular” subdividida en Parágrafo 1º “Depósito bancario”, Parágrafo 2º “Cuenta corriente bancaria”, Parágrafo 3º “Préstamo y descuento bancario”, Parágrafo 4º “Apertura de crédito”, Parágrafo 5º “Servicio de caja de seguridad” y Parágrafo 6º “Custodia de títulos”.

Pues bien, las razones metodológicas de la inclusión del parágrafo 2º dentro de la Sección 1ª nos parecen acertadas, a pesar que *no se siguió similar método* en los demás contratos típicos, lo cual habría traído seguridad jurídica en la interpretación y un orden lógico más adecuado.

Corresponde ahora indagar en las razones que llevaron al legislador a incorporar el art. 1384 al Código Civil y Comercial. A nuestro juicio, se infiere una evidente finalidad de aventar dudas o interpretaciones discordantes, por lo cual decidió incluir una norma específica que sirviera para despejar futuros interrogantes en torno a la aplicación de las disposiciones relativas a los contratos de consumo en los contratos

---

una teoría general de los servicios con base en el Código de Defensa del Consumidor. La evolución de las obligaciones vinculadas a los servicios remunerados directa o indirectamente”, en LORENZETTI, Ricardo L. – LIMA MARQUES, Cláudia, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 138 y ss. ABDALA, Martín E., *El deber de información...*, cit., p. 131: “Esta tesis propugna una concepción amplia del significado de la palabra ‘servicios’ que hace el art. 4º de la Ley de Defensas del consumidor, para interpretar también –entre ellos- a los que prestan las instituciones financieras, denominados servicios bancarios”. En jurisprudencia: CNCom., sala A, 30/08/2013 “Red Argentina de Consumidores (Asociación Civil) c/ Banco Patagonia S.A.”, Microjuris, MJJ81658.

<sup>25</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., p. 442: “... si se estima que el Derecho del consumidor es un microsistema autorreferente, el vocablo ‘servicio’ se autoabastece de significado dentro del referido Derecho especial, y por lo tanto comprende a los ‘servicios’ bancarios. Para nuestra opinión, están incluidos”. Otros prefieren una mirada más pragmática y de acuerdo al caso. Cfr., GERSCOVICH, Carlos G., *Consumidores bancarios...*, cit., p. 229: “pensamos que en rigor no cabe definir *a priori* su encuadramiento por la afirmativa, ni por la negativa, sino que se deberá estar por ahora a lo que resulte de cada caso concreto singular a considerarse”.

<sup>26</sup> Cfr., ROSSI, Jorge O., “Derecho del consumidor: ámbito de aplicación, documento de venta y garantía legal, a la luz de la reforma de la ley 26.361”, coordinado por Ariel Ariza, *La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 27, a quien seguimos en la enumeración.

bancarios. En efecto, a diferencia de otros contratos típicos<sup>27</sup>, se advierte la “coordinación de la regulación de los contratos bancarios con la estructura general del Proyecto en materia obligacional, de los Contratos en general y de consumo...”<sup>28</sup>. Sin embargo, para otra doctrina, la incorporación del “Parágrafo 2º del Capítulo 12, resulta totalmente innecesario y lo que es más grave, introduce un elemento de confusión para los intérpretes<sup>29</sup>”. Los antecedentes jurisprudenciales adversos como la evolución de la doctrina han motivado —quizás— un cambio metodológico y solventado esta opción de política legislativa, que puede parecer una obviedad toda vez que si el contrato bancario es además de consumo, de pura lógica le resultan aplicables las disposiciones relativas a esta categoría contractual, aunque nada se diga.

Empero, denunciamos que no se brinda una definición de contratos bancarios o de contratos bancarios<sup>30</sup> con consumidores lo cual nos deja librados a las interpretaciones de los autores. En efecto, en la moderna técnica legislativa se aconseja la utilización de definiciones en las leyes, a pesar que para cierta doctrina esto puede ser susceptible de crítica<sup>31</sup>.

De la lectura del parágrafo 1º, denominado “Transparencia de las condiciones contractuales”, no se advierte una definición sobre qué se entiende por contrato bancario, lo que hubiera sido acertado para delimitar el contenido de la noción. Sólo se incluyen algunos contratos típicos, dentro de la categoría, los cuales —en cambio— si tienen definiciones como el depósito bancario (art. 1390), cuenta corriente bancaria (art. 1393), préstamo bancario (art. 1408), apertura de crédito (art. 1410), servicio de caja de seguridad<sup>32</sup> (art. 1413) y custodia de títulos (art. 1418). Por otro lado, *inexplicablemente*, se excluyeron como contratos bancarios otros igualmente

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, el contrato de leasing incorporado a partir del art. 1227 y que carece de una norma expresa que lo vincule con los contratos de consumo; ni siquiera, el art. 1250 se remite expresa o implícitamente al art. 1093 del Código Civil y Comercial.

<sup>28</sup> BARBIER, Eduardo A., “Contratos bancarios...”, cit., p. 112.

<sup>29</sup> VILLEGAS, Carlos G., “Contratos bancarios”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Julio C. RIVERA - Graciela MEDINA y coordinado por Mariano ESPER, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tº IV, p. 280: “De modo que diferenciar normas para regular los Contratos bancarios con consumidores y usuarios, como se hace en el Parágrafo 2º del Capítulo 12, resulta totalmente innecesario y lo que es más grave, introduce un elemento de confusión para los intérpretes. Máxime que esas reglas (arts. 1384 a 1389), resultan más limitadas que las que derivan del Título III del Libro III (arts. 1092 al 1122)”.

<sup>30</sup> CNCCom., sala A, 03/12/2002 “Cosentino, Osvaldo Alfredo y otro c. H.S.B.C. Banco Roberts”, LA LEY Online AR/JUR/6635/2002, del voto en disidencia de la doctora Míguez: “El contrato bancario es un contrato de consumo en la medida que el cliente sea consumidor final de una operación de crédito -en el caso, el actor demandó al banco por rectificación de saldo de cuenta corriente-, así debe garantizarse al cliente una información eficiente sobre los elementos esenciales de la relación contractual y sus variaciones, con el doble fin de promover y salvaguardar el desarrollo regular de la competencia y proteger a las partes contratantes débiles”.

<sup>31</sup> Siempre se recuerda la nota de Vélez Sarsfield al art. 495 del Cód. Civil para sustentar la inconveniencia que una ley defina. Sin embargo, el propio Codificador se ocupa, luego, de señalar que pueden admitirse éstas cuando “contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos o por su influencia en las disposiciones de una materia especial”. Conf., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 271 y sig.

<sup>32</sup> A diferencia de su antecesor el Proyecto de 1998, en el Código Civil y Comercial se modificó el epígrafe definición incluyéndose el de obligaciones de las partes. Sin embargo, no se mencionan las obligaciones de las partes, prestador y cliente, sino sólo se regula la obligación de responder del prestador agregándose las eximentes posibles.

importantes como el contrato de *leasing*<sup>33</sup> (art. 1427) y el contrato factoraje (art. 1421) que son regulados en los capítulos 5 y 13, respectivamente.

### **III.2 Del ámbito de aplicación**

Del texto del art. 1378 del CCyC, podemos inferir subjetivamente que los contratos bancarios son aquellos celebrados por entidades comprendidas en la ley de entidades financieras cuando sean realizados con personas y entidades públicas y privadas cuando la autoridad de aplicación (BCRA) así lo disponga. Por lo tanto, en teoría pueden perfeccionarse contratos bancarios con empresas o con consumidores (arg. art. 1379), distinguiéndose según la finalidad ya se trate de cartera comercial o de consumo<sup>34</sup>, respectivamente. En otros términos, el contrato bancario en general, entonces, puede ser de empresas o de consumo según la finalidad que expresa o implícitamente surja de la operación bancaria perfeccionada. Una vez analizado el plexo contractual, determinado su ámbito subjetivo y objetivo como también su finalidad, serán aplicables aquellas disposiciones relativas a los contratos de consumo<sup>35</sup>.

### **III.3 De la sanción de nulidad del contrato**

El art. 1389 del CCyC reza: “*Información en contratos de crédito. Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso*”.

#### **a) Técnica legislativa**

El epígrafe “Información en contratos de crédito” limita el contenido de la norma porque se refiere a todo “antecedente, dato, noticia, observación, referencia o advertencia<sup>36</sup>” relativa a los *contratos de crédito*. Se trata de un elemento positivo que sólo comprende aquellas operaciones activas o vínculos contractuales en los cuales al cliente se le ofrece acceder a un crédito por parte del banco, que pueden ser tradicionales como un paquete de servicios (cuenta corriente bancaria, préstamo personal, tarjetas de crédito) o bien “ventas a plazo y la apertura de crédito<sup>37</sup>”. Empero, por defecto, no contendrá todos aquellos contratos u operaciones financieras también ofrecidas o publicitadas por el banco como aquellos servicios más sofisticados que no encuadren en la norma. Por lo tanto, el ámbito de aplicación es restringido a los

<sup>33</sup> Sin perjuicio de las sociedades de *leasing* constituidas específicamente para brindar esta operatoria, corresponde recordar que son los bancos o entidades financieras quienes, dentro de departamentos internos, se dedican de modo profesional y habitual a celebrar contratos de *leasing*.

<sup>34</sup> Conf., BCRA, “Protección de los usuarios de servicios financieros”. Última comunicación incorporada: “A” 5685. Texto ordenado al 23/12/2014. [www.bcr.gov.ar](http://www.bcr.gov.ar)

<sup>35</sup> Se han enumerado situaciones jurídicas atrapadas por el régimen del consumidor, a saber: “Para los préstamos que da el banco al consumidor con un destino final, especialmente en los préstamos para la vivienda o adquisición de automóviles. También para los aportes en fondos comunes de inversión como ahorro. Se ha dicho que la ley 24.240 es aplicable a la cuenta corriente bancaria. Para las tarjetas de crédito, caso en el que también se aplica la ley especial. En materia de juzgamiento de tasas de interés bancaria (...) También para los supuestos relaciones con cajeros automáticos (...) En materia de cajas de seguridad bancaria reiteradamente se han aplicado estos criterios proteccionistas”. Cfr., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores...*, cit., p. 443.

<sup>36</sup> ABDALA, Martín E., *El deber de información...*, cit., p. 19 quien aclara: “Como advertimos, nuestra definición difiere sustancialmente de la que proponen otros doctrinarios pues, por nuestra parte, intentamos precisar el significado del vocablo, soslayando considerar a la información como un derecho o como una obligación, es decir, sin distraer nuestra atención en sopesarla como una facultad o prerrogativa, o en juzgar su obligatoriedad”.

<sup>37</sup> FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 383.

contratos de crédito<sup>38</sup> que publicite el banco a los consumidores, pero aquí se refiere al contenido del plexo contractual.

### **b) De la sanción**

La norma anotada tiene una función diferente a la descripta porque se refiere, no a la etapa precontractual o previa a la formalización del contrato, sino al perfeccionamiento del contrato y determina la sanción de nulidad ante la carencia u omisión de diversos datos o elementos, que veremos a continuación. En suma, se trata de *blancos o ausencias* de elementos dentro del contenido del contrato suscripto con los consumidores. Por último, esta norma cierra el círculo y dispone como técnica la nulidad de aquellos contratos de crédito que no tengan los elementos allí descriptos, a diferencia del artículo 1388 del CCyC que permite interpretar que se utilizó la técnica de la inexistencia<sup>39</sup>.

Se ha seguido, pues, el criterio de la *nulidad del contrato bancario de crédito* que no incluya a todos o alguno de los elementos susceptibles de información. Autorizada doctrina ha calificado a los elementos mencionados como de “condiciones esenciales<sup>40</sup>” por lo tanto, no sólo deben haber sido informados previamente sino que también deben estar incluidos en el instrumento contractual. Por un lado, la solución legal ha sido ponderada como “correcta<sup>41</sup>”. De otro lado, otros autores han manifestado su disconformidad por ser “excesiva la sanción de nulidad referida a los aspectos no regulados (tipos contractuales y partes del contrato), que por otra parte aluden a cuestiones no esenciales ni determinantes de la voluntad del cliente de celebrar el contrato de crédito de que se trate<sup>42</sup>”.

Advertimos que, a diferencia del último párrafo del art. 37 de la ley 24.240, se sanciona la omisión informativa con la nulidad *de todo el contrato bancario*. Como bien se ha dicho, “observamos que son muchos casos en los que el cliente no tendrá interés en que declare la nulidad de la convención celebrada sin la adecuada satisfacción de los deberes informativos<sup>43</sup>”.

---

<sup>38</sup> Sin embargo, ello no implica que también se interprete restrictivamente la locución “contrato de crédito”; sino todo lo contrario, por imperio de los arts. 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial como también del art. 3 de la ley 24.240. Cfr., CNCom, sala D, 7/05/2012 “Banco Comafi S.A. c/ Azcurra Carlos David s/ secuestro prendario”, MJJ74001: “Cuando se promueve el secuestro de un vehículo destinado a uso particular, es dable presumir la existencia de una operación de financiación para el consumo y concluir, por tanto, que ese vínculo contractual se encuentra regido, en general, por la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24240 modif. ley 26361). Así cabe aplicar la regla de competencia específica en esa materia, según la cual en cualquier litigio derivado de ese contrato, que garantiza una operación de crédito, debe entender el magistrado del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario (art. 36)”.

<sup>39</sup> Conf., MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Derecho de consumo. Con la reforma de la ley 26.361*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 111.

<sup>40</sup> BARBIER, Eduardo A., “Contratos bancarios...”, cit., p. 124: “Se trata de condiciones esenciales para el saber del consumidor, en tanto le permite conocer las reglas aplicables del contrato, según sea nominado o innominado (art. 970) y la determinación del objeto contractual (art. 1003)”.

<sup>41</sup> BARREIRA DELFINO, Eduardo, “Contratos bancarios con consumidores y usuarios”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por Alberto J. Bueros, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, Tº 1, p. 750.

<sup>42</sup> VILLEGAS, Carlos G., “Contratos bancarios...”, cit., Tº IV, p. 295.

<sup>43</sup> ABDALA, Martín E., *El deber de información...*, cit., p. 119: “Así, por ejemplo, cuando se violan estos deberes al tiempo de otorgar un contrato crediticio, es de esperar que el cliente bancario no desee la nulidad del contrato de mutuo, pues ello lo obligaría a tener que restituir el capital dado en préstamo, lo cual sería un verdadero despropósito, pues terminaría perjudicando a aquellos mismos a quienes la norma pretende tutelar”.



En nuestra opinión, esta solución no resulta acorde con el principio protectorio y la finalidad del derecho del consumidor, puesto que el cliente o *consumidor bancario* desea obtener el servicio bancario y no la nulidad del contrato, pudiéndose haber optado por una nulidad parcial con integración posterior del contenido contractual por parte del juez (art. 37 y conc., LDC). Veamos cada uno de los supuestos previstos:

Con respecto al “Tipo y partes del contrato” (inc. a) no se entiende a que se refirió el legislador con el vocablo *tipo* del contrato, puesto que el contrato de consumo ahora está incluido en el Código Civil y Comercial y el contrato bancario es de consumo. Quizás, no se utilizó en un sentido técnico en vista que la puridad del lenguaje jurídico es más sencilla que en otros proyectos<sup>44</sup>. Empero, por otro lado, recordemos que se han tipificado *algunos* contratos bancarios (cuenta corriente bancaria, apertura de crédito, servicio de caja de seguridad), dejándose de lado otros igualmente relevantes.

En cuanto a las partes del contrato, se refiere al banco como acreedor y al consumidor como deudor, entendidos como centros de interés.

Con respecto al “importe total del financiamiento” (inc. b) se considera esencial que el contrato de crédito informe y contenga el monto total de financiamiento ofrecido por el banco. Por lo general, tratándose de la adquisición de algún bien y la consiguiente concesión de un crédito conexo, deberá informarse el porcentaje de financiamiento a cargo del banco y la diferencia a cargo del cliente, cuando dicho crédito no alcanzara para cubrir el total.

Con respecto al “costo financiero total” (inc. c) tiene alguna razón de ser. En efecto, la obligación informativa, por ejemplo, para operaciones activas o crediticias están reguladas por circulares del Banco Central de la República Argentina y obliga a las entidades financieras a exponer “información sobre las tasas de interés de las diferentes líneas de crédito (hipotecario, prendario, comercial, tarjetas de crédito) que ofrezcan a sus clientes, por operaciones en pesos, en moneda extranjera o en títulos valores<sup>45</sup>”. Ya hemos dicho que el costo financiero total implica informar e incluir el capital, los intereses, los gastos y las comisiones y todo otro rubro que deberá cancelar el cliente. Esta suma despejará las dudas al cliente sobre el monto global a abonar. En los contratos de crédito, por lo general, se exige información sobre “la tasa de interés que figure en el contrato debe ser la ‘tasa efectiva’ anual, y no la ‘nominal’ y su omisión determinará que la obligación de pagar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el BCRA vigente a la fecha de celebración del contrato de crédito<sup>46</sup>”.

Con respecto a las “Condiciones de desembolso y reembolso” (inc. d), habrá casos que podrán suplirse por heterointegración de la publicidad efectuada (arts. 1385 a 1387, CCyC), por lo cual la sanción por su omisión es exagerada. Así, la doctrina autoral más acertada ha manifestado su disconformidad por ser “excesiva la sanción de nulidad referida a los aspectos no regulados (tipos contractuales y partes del contrato), que por otra parte aluden a cuestiones no esenciales ni determinantes de la voluntad del cliente de celebrar el contrato de crédito de que se trate<sup>47</sup>”.

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.

<sup>45</sup> ABDALA, Martín E., *El deber de información...*, cit., p. 137, comentando la Circular A-3052, apartado 4.1.

<sup>46</sup> VILLEGAS, Carlos G., “Contratos bancarios...”, cit., T° IV, p. 295: “Esa normativa dispone también que será juez competente para entender en cualquier litigio relativo a esos contratos el del domicilio del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario”.

<sup>47</sup> VILLEGAS, Carlos G., “Contratos bancarios...”, cit., T° IV, p. 295.

En suma, concluimos que sólo será aplicable a los supuestos allí previstos, debiéndose interpretar en sentido restrictivo a fin de mantener vivo el contrato bancario.

#### **IV- CONCLUSIONES**

Proponemos que las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil” declaren que:

##### *Lege lata*

- 1) Que la nulidad del contrato bancario con consumidores establecida por el art. 1389 *in fine* del Código Civil y Comercial deberá interpretarse con sentido restrictivo.
- 2) Que sólo podrá declararse la nulidad parcial del contrato cuando falten algunos de los requisitos establecidos en el art. 1389 *in fine* del Código Civil y Comercial.

##### *Lege ferenda*

- 1) Propiciar la inclusión de una definición de operación bancaria y contrato bancario en una futura reforma al Código Civil y Comercial.
- 2) Propiciar la modificación del art. 1389 *in fine* del Código Civil y Comercial para que sea aplicable a todos los contratos bancarios con consumidores, no sólo a los de crédito, y que la omisión de los requisitos allí mencionados configure sólo una nulidad parcial, quedando vigente el vínculo jurídico y pudiendo ser integrado por el juez.