

Comisión n° 8 Consumidor: “Protección del Consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles”

CALIFICACIÓN DEL CONTRATO BANCARIO

Autores: Héctor Martín Ayala y Juan Manuel Lezcano¹

Resumen:

Los Contratos Bancarios pueden calificarse de consumo o no, tal calificación de consumo depende del destino dado a los bienes o servicios adquiridos, de manera tal que un contrato bancario, será calificado como de consumo cuando el beneficiario de los bienes y servicios comercializados por el Banco, destine los mismos a un fin no productivo, es decir personal familiar o social.

Debido a la naturaleza de los sujetos involucrados en el vínculo financiero (banco y cliente), se presume, salvo prueba en contrario, que el contrato bancario es de consumo.

CALIFICACIÓN DEL CONTRATO BANCARIO

1. Introducción:

El Código Civil y Comercial incorpora, por primera vez, en su texto, la regulación del Contrato de Consumo y la regulación, que el legislador entendió, petrea respecto a la Relación de Consumo. Una especie de núcleo duro del régimen consumeril. Ello sin perjuicio de mantener otras normas de protección al consumidor en leyes especiales que mantienen su vigencia (por ejemplo la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Tarjetas de Crédito, entre otras).

Además, en la parte Especial de la regulación de los contratos, asume la regulación de lo que denomina Contratos Bancarios, con una sección general y regímenes especiales, incluyendo un apartado singular para la contratación bancaria destinada al consumidor.

Estas dos novedosas regulaciones se imbrican esencialmente, puesto la contratación bancaria está, mayoritariamente, incluida dentro de los contratos de consumo. De allí que la mirada de aquellos no puede desconocer la normativa aplicable a los últimos.

La razón del presente trabajo es evidenciar la relación entre sendos sistemas legales y analizar cuándo un contrato bancario debe ser calificado también como de consumo, en

¹ Ayala, Héctor Martín: Docente adjunto a cargo de la cátedra Derecho Civil III (Contratos) de la Universidad Católica de Santa Fe-Sede Posadas, Docente de la cátedra Derecho Civil III (Contratos) Universidad de la Cuenca del Plata –Sede Posadas, Auxiliar de Primera en la cátedra Derecho Privado I en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Misiones y Docente titular de la cátedra Contratos Civiles y Comerciales II de la Universidad Gastón Dachary.

Lezcano, Juan Manuel: Docente de Adjunto de Papeles de Comercio de la Universidad Gastón Dachary - Universidad Auxiliar de la Cátedra de Introducción al Derecho de de la Universidad Católica de Santa Fe –Sede Posadas- Docente Titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho.

especial en aquellos casos en que el intérprete o juzgado no cuenta con elementos para definir esta calificación.

2. Noción de Consumidor

El Derecho privado contractual y obligacional asiste hoy a la importante influencia del Derecho del Consumidor, que modifica el paradigma de tal régimen legal, modificando sustancialmente las normas tradicionales del Derecho Civil Contractual para este subsistema singular que tiende a proteger al sujeto consumidor. En efecto, el derecho del consumidor (o derecho del consumo) altera las tradicionales reglas en materia contractual mutando de una regulación fundada en la autonomía de la voluntad a una regulación imperativa, justificada en el orden público, y pautando derechos irrenunciables a favor del consumidor.

De allí la importancia de la determinación precisa del ámbito de aplicación de las reglas del Derecho del Consumidor y de su categoría jurídica, ya que tales cuestiones jurídicas poseen la particularidad de contener reglas diferentes a las previstas en el contrato paritario, basado en la libertad, la autonomía de la voluntad, el valor de la palabra empeñada y la fuerza vinculatoria de los contratos.

Por el contrario el Contrato de Consumo, transforma las reglas supletorias del Derecho Privado en normas imperativas a favor del sujeto consumidor y por esto es sustancial precisar a qué vínculos se aplica este régimen especial de contratos.

El contrato es de Consumo cuando vincula a un consumidor y un proveedor. De allí que sea de crucial importancia determinar de manera precisa qué sujetos quedan comprendidos en la noción de uno y otro de los polos de tan importante relación.

El Código Civil y Comercial define los requisitos para que una persona pueda ser considerada consumidor, en el artículo 1092, en términos conocidos, recurriendo como caracterización distintiva el uso del bien o servicio “*como destinatario final*” sea o no parte en una relación de consumo, y ha excluido del concepto general de consumidor al sujeto “*expuesto a una relación de consumo*”.

En relación a las definiciones que ahora se encuentran en los artículo 1092 del Código Civil y Comercial y el 1º de la Ley de Defensa del Consumidor ambas coinciden en su texto (excepto el *lapsus* de mantener la mención a la persona “*física*” que aparece en el artículo 1º de la Ley y que debería decir persona “*humana*” conforme la nueva semántica del Código Civil y Comercial), lo que permite que se aborde su estudio de manera uniforme.

En ambas normas se define al consumidor en dos aspectos, por un lado el destinatario final de bienes y servicios que adquiere o simplemente utiliza, y en el segundo párrafo se dice que también es consumidor el destinatario final de bienes y servicios que adquiere o simplemente utiliza, sin que sea parte en una relación de consumo. Plantea cierta intriga a qué supuesto se refiere la ley en este segundo apartado.

Una forma de interpretar este concepto de consumidor (que no es parte de la relación de consumo) podría referir a quien adquiere o utiliza bienes que ha recibido de otro consumidor, no de un proveedor, puesto que si los hubiere recibido de un proveedor sería una relación de consumo y quedaría incluido en el supuesto del primer párrafo de la definición de consumidor.

En tal supuesto nos encontraríamos en el caso que ante una relación estrictamente privada entre dos sujetos no profesionales, no comerciantes, que no se dedican ninguno de ellos, ni siquiera esporádicamente, a la comercialización de bienes a destinatarios finales, igualmente se aplica el régimen protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor, fundado en que conforme el artículo 1º la ley “... *tiene por objeto al defensa del consumidor...*”, aun cuando no se relacionen o vinculen con un proveedor. Es decir, se razona que si la propia norma afirma que la protección es al consumidor, aisladamente podría interpretarse que la protección incluye los vínculos con otros consumidores y sin considerar la necesaria participación de un sujeto profesional o comerciante, ratificado ello por el concepto de consumidor previsto en el 2º supuesto del Artículo 1º de la L.D.C. y el artículo 1092 del Código Civil y Comercial.

Sin embargo la interpretación más difundida de estos textos prevé que el sistema del Consumidor impone sus reglas protectorias a favor del sujeto más débil en el marco de una *relación de consumo*, es decir en un vínculo exclusivamente entre un consumidor y un proveedor, tal como se afirma en el párrafo 3º del artículo 3º de la ley: “*Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido por esta ley*”.

Así, si la ley se aplica a las relaciones de consumo y la relación de consumo es el vínculo entre el consumidor con un proveedor y no lo es cuando se relacionan un consumidor con otro sujeto que no puede ser definido como proveedor, la Ley de Defensa del Consumidor no se aplica a las relaciones entre sendos consumidores, así como tampoco se aplica a los vínculos legales entre sendos proveedores.

De tal manera, el consumidor que “*no es parte de una relación de consumo*”, sería aquel que “*no habiendo intervenido de manera directa, se hallan impactados por el vínculo entre proveedor y consumidor (v. gr. integrantes del grupo familiar o social, el cesionario, etc.)*”².

En este caso, el segundo apartado del artículo 1092 del Código Civil (idéntico al segundo párrafo del artículo 1º de la Ley de Defensa del Consumidor) nada nuevo parece agregar a la definición de la primera parte del artículo, puesto que según ese texto el sujeto es consumidor por adquirir o simplemente usar un bien o servicio, es decir que no requiere del consumidor un vínculo contractual directo con el proveedor.

Otro tema debatido consiste en la posibilidad que un empresario, comerciante, proveedor, pueda ser considerado consumidor. Así, el Artículo 1092 del Código Civil y Comercial prevé que el consumidor puede ser persona humana o jurídica sin limitaciones.

En una posición contraria a la posibilidad que un empresario pueda ser considerado consumidor, se afirma que en la definición de consumidor se mantiene la previsión teleológica referente a la utilización “*en beneficio propio, familiar o social*” y que ello importa excluir los supuestos de beneficio empresarial o lucrativo.

En otra opinión, podría afirmarse que cualquier sujeto que utilice como *destinatario final* un producto debe ser considerado consumidor. Así el empresario que adquiere una máquina para su instalación fabril da a la misma su destino final y en consecuencia debe ser considerado consumidor. Esta interpretación dota de una amplitud al concepto que termina por eliminar la protección que pretende brindar, perjudicando a los sujetos más débiles.

² LORENZETTI, Ricardo L (director) *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo VI, Edit. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2015, página 233.

Corresponde en consecuencia, una tarea interpretativa de la noción de “destinatario final” como consumidor, y para ello parece fundamental volver a pensar sobre el fundamento del Derecho del Consumidor, como derechos humanos conocidos como de Tercera Generación.

Los derechos de 3ra. Generación se caracterizan por estar vinculados a la noción de solidaridad, que no es otra cosa que la protección de quien precisa de ella. Aparece entonces como pauta interpretativa la idea de vulnerabilidad: si en una relación jurídica existe un sujeto vulnerable por carencia de conocimientos respecto el negocio realizado, pues no es un profesional en tales acuerdos o relaciones, entonces ese sujeto, si además es destinatario final del bien que adquiere y se trata de una relación de consumo, debe ser considerado consumidor en los términos del Sistema de Derecho del Consumo.

En consecuencia, opinamos que utilizando estas pautas interpretativas fundadas en la idea de vulnerabilidad como presupuesto de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, la empresa o comerciante puede ser considerada “*consumidor*” si en la relación jurídica concreta el objeto del vínculo no tiene puntos de conexión con la actividad profesional, industrial o comercial del adquirente, puesto que allí puede presumirse la vulnerabilidad del mismo por la ajenidad con la actividad habitual.

En cambio, si el objeto de la relación jurídica, está relacionado directamente con el giro comercial y habitual del adquirente, tal subordinación o inferioridad no puede presumirse.

En definitiva, la pauta que se propone para delimitar el concepto de consumidor en los casos que resulte necesaria una interpretación del texto legal, es recurrir a los fundamentos y esencia de la norma legal, es decir la vulnerabilidad a la que se ve sometido el consumidor y que justifica su protección por parte del derecho

Por ello, es característico entonces, de la definición del consumidor, la calidad de destinatario final del bien o servicio, es decir que utiliza el bien o servicio aplicando una finalidad de beneficio propio sin introducirlo en la cadena productiva ni aprovecharse de él para destinarlo a una función que genere nuevos bienes o servicios.

3. Noción de Proveedor

De manera análoga a la definición del sujeto “*consumidor*”, también el Código Civil y Comercial definen el sujeto “Proveedor” en la relación de consumo y en el contrato de consumo. Además, al igual que en el supuesto del sujeto “*consumidor*”, los caracteres aparecen definidos, también, en la Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24.240), pero sendas definiciones tienen perfiles distintos lo que provoca alguna duda sobre los alcances de estas nociones.

En efecto, la Ley de Defensa del Consumidor establece que se considera “proveedor” a quien “*desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios*”; y a continuación (2do párrafo) establece una excepción al alcance de los sujetos comprendidos, al mencionar a “*los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello*”.

De tal manera el concepto de Proveedor para la Ley de Defensa del Consumidor tiene gran amplitud, pero no incluye (por una expresa excepción de su texto) a las profesiones

universitarias. Esta exclusión de los profesionales de los alcances del régimen legal del Consumo ha generado algunas críticas, pero encuentra justificación en la diferente imputación de responsabilidad que cabe a los profesionales.

En efecto, los profesionales son responsables en virtud de una imputación de sus actos a título subjetivo, es decir ante la demostración de culpa puesto que no aseguran el resultado eficaz del servicio profesional. En otras palabras el profesional universitario responde ante el damnificado por sus servicios, cuando con su conducta contribuyó a la generación de un resultado dañino. Debe probarse la conducta culposa, sin perjuicio de la imposición de la carga de la prueba de esta culpa o su inexistencia, al sujeto que se halla en mejores condiciones de acceder a los medios de prueba, en virtud de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas.

En igual sentido, el Código de Defensa del Consumidor del Brasil (Artículo 14 apartado 4º), establece que la responsabilidad personal de los profesionales liberales será determinada mediante la acreditación de la culpa.

En cambio el artículo 1093 del Código Civil y Comercial prevé que es proveedor cualquier sujeto que actúa “*profesional u ocasionalmente*” o “*una empresa productora de bienes o servicios*”. De allí que la noción de “proveedor” para el Código Civil, tiene una mayor amplitud. Así se dice “*Puede afirmarse que la noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado*”³

De esta manera, los profesionales que se hallan exceptuados expresamente del régimen legal del Consumidor por imperio de la Ley de Defensa del Consumidor, en cambio quedan comprendidos cuando ofrecen sus servicios a consumidores en forma de empresa.

Esta diferente amplitud en la noción de “*Proveedor*” en la Ley de Defensa del Consumidor (artículo 2º que no fue modificado por la Ley 26.994) y en el Código Civil y Comercial (Art. 1093) requiere de una interpretación para articular sendas normas. En razón de la vigencia de la interpretación más favorable al consumidor (Art. 1094 del Código Civil y Comercial y el artículo 3º de la Ley de Defensa del Consumidor) es razonable entender que debería primar la interpretación amplia de la noción de Proveedor, aunque sería propicio lograr una redacción uniforme en sendos regímenes legales, atendiendo a la particular situación de los profesionales dentro del sistema de Derecho de Consumo.

4. Contratación Bancaria y Derecho del Consumidor

Analizados los alcances del Derecho del Consumidor, cabe abordar ahora la influencia de la regulación de los contratos y relaciones jurídicas bancarias ante el Consumidor. Así es de destacar que el Código Civil y Comercial regula en el Capítulo 12 del Título IV del libro 3º, a partir del artículo 1378, la contratación bancaria y financiera, con especiales reglas para la contratación bancaria de consumo.

En efecto, el artículo 1379 destaca que la publicidad de servicios bancarios o financieros debe distinguir si la oferta refiere a un supuesto de consumo o comercial. Asimismo, a partir del artículo 1384, en el párrafo 2º del citado capítulo 12, existen reglas especiales para esta categoría de Contratos (bancarios y de consumo).

³ Ídem, pág. 235.

Lo destacado de esta singular regulación, está caracterizada por los casos o contratos que quedarán comprendidos en tal régimen singular. Para ello rige la caracterización de sendas nociones (consumidor y proveedor) ya desarrolladas. En el caso de estos contratos (y en virtud de la ampliación de la noción de proveedor), pocas dudas pueden surgir sobre la calidad de proveedor del Banco. En cambio, más compleja es la precisión de la determinación de quién es considerado “*consumidor*” en la contratación bancaria, agravada en los casos de las personas jurídicas.

En efecto, tal como se advirtió al mencionar la noción de consumidor, el mismo puede ser tanto una persona humana o jurídica (Art. 1092 del C.C.yC. y Art. 1º de la L.D.C.), por lo que no es ese el carácter distintivo noción. Es la finalidad al servicio (bancario, en este caso) lo que determina la naturaleza consumeril o no de la contratación.

De tal manera, si los bienes o servicios obtenidos de la contratación bancaria, tienen un destino final personal o familiar o social, sería un contrato de consumo, y en cambio si los mismos servicios tienen como finalidad su aplicación a la producción de bienes o servicios por parte de co-contratante de la entidad financiera, tales vínculos quedarían fuera de la contratación de consumo (sin perjuicio de quedar comprendidos en la regulación de los contratos bancarios, y en el régimen de los Contratos celebrados por Adhesión a Cláusulas Generales Predispuestas, Artículo 984 y siguientes del Código Civil y Comercial).

De allí es clave para definir el alcance o no del régimen del derecho del Consumo, conocer la finalidad o destino de los bienes o servicios que presta el banco en favor del beneficiario. Para ello colabora la propia calificación que debe hacer la propia entidad financiera. Así el artículo 1379 del Código Civil y Comercial, prevé que en toda publicidad la entidad debe mencionar si el servicio ofertado corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial. Esta puede ser una pauta o criterio distintivo de la calificación del beneficiario del servicio bancario a los fines de determinar su calidad de “*destinatario final*” o no.

Aun así, tal calificación bancaria (o aquellas que deba realizar la entidad en virtud de las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina) no “*prevalece sobre la que surge del contrato, ni de la decisión judicial*” (Art. 1379), de acuerdo a las normas del propio Código Civil y Comercial. En consecuencia, a pesar del encuadre jurídico que pueda realizar la entidad financiera, lo jurídicamente relevante debe ser el concreto fin a dar a los bienes y servicios bancarios.

Así “*una calificación más adecuada parece ser aquella que caracteriza la pertenencia de cada cartera, de consumo o comercial, atendiendo al destino del financiamiento o a la causa de la obligación. De modo que el sector y la administración de justicia obtendrán un elemento adicional para caracterizar adecuadamente las relaciones de consumo y disipar, en consecuencia, las confusiones que genera la aplicación del estatuto del consumidor a aquellas relaciones jurídicas por completo extrañas a aquel*”⁴.

A pesar de ello, conforme las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina (comunicación A 5740⁵) se considera dentro de la cartera comercial toda operación no comprendida en la cartera de consumo y vivienda (Art. 5.1.1.), en

⁴ Ibídem pág 244

⁵ <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/texord/t-cladeu.pdf>

consecuencia toda operación no calificada recibe la calificación por defecto, o sea es considerada una operación de la cartera comercial.

En otras palabras, conforme la normativa del ente regulador de la actividad financiera, toda operación de una entidad crediticia que no sea calificada como de consumo o vivienda, expresamente, es considerada comercial.

Reiteramos que, a pesar de la calificación que pueda realizar la entidad financiera, al acto jurídico concreto, la real calificación de acto de consumo o no es aquella realizada en cada caso por los tribunales, conforme se acredite o no la calidad de destinatario final del servicio por parte del co – contratante del ente financiero o bancario. Pero la calificación por defecto que impone el Banco Central de la República Argentina, plantea el interrogante sobre cuál debe ser la decisión del juez sobre la calificación del acto bancario, ante la falta de acreditación del destino del servicio financiero. Es decir si se presume alguna calificación y en su caso cuál.

En este aspecto, parecen aplicables las conclusiones del Plenario autoconvocado de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de fecha 29 de junio de 2011, que con los fundamentos del Dr. Heredia (apartado 7º de sus fundamentos), los Dres. Bargallo, Garibotto, Sala y Caviglione Fraga (apartado 4º de sus fundamentos) Dr. Barreiro (apartado 4º de sus fundamentos) y los Dres. Monti y Tevez (apartado 2º de sus fundamentos) que conformaron el voto mayoritario de tal decisión, fijaron la posición del tribunal en el sentido que en la operatoria financiera documentada con títulos de valor, se presume la relación de consumo, y se halla en cabeza de la entidad financiera desvirtuar dicha presunción.

Atento esto, y recordando que el acto financiero es de consumo o no de acuerdo a la finalidad o destino de los bienes o servicios adquiridos o recibidos por el co -contratante del banco, sin que sea determinante de ello la calificación que (conforme la normativa del Banco Central de la República Argentina) debe realizar la entidad bancaria, cobra relevancia a estos efectos, los argumentos expuestos en el voto de la mayoría ya citado, puesto que recurriendo a similares opiniones, se advierte que en aquellos actos jurídicos de naturaleza financiera o bancaria, en donde se vinculan el cliente con una entidad financiera, se presume la naturaleza de consumo del vínculo contractual.

Esta presunción, como se destaca en el fallo, surge de la calidad de actor profesional en el mercado financiero bancario y bursátil que ostenta el banco frente a su co-contratante. A ello cabe agregar que consumidor puede ser tanto una persona humana como jurídica sin restricciones. La única limitación a la aplicación del sistema de consumo, es que se acredite que el destino de los bienes o servicios adquiridos tiene una finalidad productiva.

Tal presunción es relevante ya que de lo contrario, la determinación de la aplicación del subsistema de protección del consumidor queda en manos de la propia entidad financiera cuando califica el acto, lo que podría dar lugar a fraude a la Ley del Consumidor.

5 Conclusiones:

En suma, el Código Civil y Comercial regula separadamente los contratos de consumo y los contratos bancarios, pero no se duda que entre los mismos existe una importante vinculación. Es decir que existen muchos contratos bancarios que también quedarán comprendidos en las especiales normas de protección del consumidor.

Puede plantearse al intérprete la dificultad de definir en cada caso concreto si un acto jurídico bancario es o no de consumo, para ello lo relevante es el destino o finalidad al que se aplican los bienes y servicios obtenidos por el co-contratante del banco.

Sin perjuicio de ello, en virtud de la características profesionales que reviste la entidad financiera, cabe presumir que todo acto financiero o bancario es de consumo, y sólo cede dicha presunción en caso que la entidad profesional (el banco) acredite que el co-contratante ha aplicado a los bienes o servicios recibidos, una finalidad productiva.

Bibliografía

AYALA, Martín y LEZCANO, Juan Manuel Ponencia: “La categoría jurídica del “consumidor” en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Tucumán, 29 septiembre- 1º octubre 2011. ISBN 978-987-30-0406-3

LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal Culzoni, 2003

LORENZETTI, Ricardo L (director) *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo VI, Edit. Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2015, página 233.