

Los negocios de garantía y los contratos de consumo en el ámbito de la actividad bancaria

Carlos A. HERNÁNDEZ
y David F. ESBORRAZ (*)

1. Introducción

Nuestro país asiste actualmente a un creciente proceso de «bancarización», que se ve reflejado en el fuerte crecimiento de los créditos hipotecarios (1) y en las recientes inversiones extranjeras concretadas en el sector financiero que tienden a conquistar el importante segmento de nuestra población que aún se mantiene al margen de la contratación bancaria (2). En este nuevo marco se justifica tanto la preocupación por la protección del usuario del servicio financiero cuanto de los otorgantes de los negocios de garantía constituídos con el propósito de reforzar al acreedor la posibilidad de ver satisfecho su crédito.

Debido al tema convocante por este seminario hemos decidido circunscribir nuestro estudio a la problemática de las garantías dentro del ámbito de la contratación bancaria limitando nuestro análisis sólo a aquellos negocios que por accesoriadad resultan alcanzados por la ley N° 24.240 de defensa del consumidor, en razón que en este sector se aprecian con mayor intensidad los diferentes problemas que las mismas suscitan dada la particular situación de debilidad en la que se encuentran los consumidores financieros, sean estos deudores principales o garantes.

Si bien es cierto que la tutela del crédito exige inexorablemente la constitución de seguridades que fortalezcan la posición del acreedor, ello no puede admitir la tolerancia de cláusulas y prácticas abusivas que menoscaben la posición de quienes carecen del poder de negociación, resultando por ello significativo el conocimiento de las herramientas legales que suministra la ley N°24.240 con el propósito de imponer un mínimo de eticidad en los negocios bancarios (3). Nuestra comunicación habrá de girar sobre esta difícil tarea de

(*) Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario y de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Según las últimas cifras difundidas por el Banco Central de la República Argentina; los préstamos hipotecarios crecieron un 17 % en relación al año 1996, lo cual representa un 3 % más que el promedio total de los créditos dados en el circuito financiero.

(2) v. DATTILO, Sergio, *Bancos con más clientes, pero todavía lejos de otros países*, en diario *Ambito Financiero* del 24/06/97, pág. 18 y sig.

(3) La necesidad de una especial tutela de los consumidores en el ámbito de los contratos bancarios ha sido puesta de manifiesto en nuestra doctrina por STIGLITZ, Rubén, *Las cláusulas uniformes en los contratos bancarios*, Zeus, t. 34, pág. D-55 y sgts.; COLL, Osvaldo W., *La protección del consumidor de crédito bancario (Hacia una nueva interpretación jurídica del contrato bancario)*, J.A., t. 1991-II, pág. 663 y sgts.; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar, *La Ley de*

lograr la armonización entre la protección del crédito como operación económica-jurídica y la apropiada tutela de los garantes financieros.

2. El estatuto de defensa del consumidor y las garantías bancarias

2.1. Ambito de aplicación

La ley de defensa del consumidor delimita en sus artículos 1º y 2º su ámbito de aplicación tanto subjetivo como objetivo. En lo que respecta al primero la misma considera como consumidor o usuario a «las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social», en tanto no lo hagan con el propósito de integrarlos a un proceso de producción. Si bien estas disposiciones alcanzan en principio a las personas de existencia ideal resulta evidente que, en la mayoría de los casos, la concertación de contratos bancarios implicará su exclusión del campo de actuación de la ley N° 24.240 debido a que los recursos obtenidos a través de dichas operaciones financieras serán integrados de manera genérica o específica a sus procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (4).

La limitación que consagra el estatuto argentino de defensa del consumidor en perjuicio de las personas jurídicas que realicen actividades de producción o de comercialización de bienes o servicios pone de manifiesto la necesidad de reflexionar acerca de la conveniencia de extenderles este régimen especial (5), sobre todo a las Pequeñas y Medianas Empresas (PyME), siguiendo para ello la tendencia que se observa en nuestro país en el Derecho laboral (6).

En lo que respecta a los proveedores, la ley comentada señala que pueden serlo «todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, ... presten servicios a consumidores o usuarios», quedando así comprendidas las entidades financieras, las bancarias y las sociedades de crédito para consumo (7).

Defensa del Consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente jurisprudencial, L.L., t. 1996-C, pág. 1004 y sgts., y VILLEGAS, Carlos G., *El consumidor bancario* en Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996, pág. 451 y sgts.

- (4) El art. 2 del decreto reglamentario sólo habilita a considerar como consumidores financieros a las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como las asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas, etc.
- (5) Una observación similar es efectuada para el derecho italiano por BUONOCORE, Vincenzo. *La Direttiva comunitaria del 5 Aprile 1993 sulle clausule abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)* en Banca, Borsa e Titoli di credito, Giuffrè, Milano, Anno LVII, luglio-agosto 1994, pág. 457.
- (6) Así puede verse la Ley 24.467, sancionada el día 15 de Marzo de 1995 y promulgada el día 23 de Marzo de 1995.
- (7) Resulta particularmente interesante la aplicación de la ley de defensa del consumidor a las sociedades de créditos para consumo debido a que los préstamos que otorgan no son controlados por el Banco Central de la República Argentina por tratarse de entidades que no

En cuanto a los negocios considerados «de consumo» por el legislador se encuentran, entre otros, aquellos que tienen por objeto la prestación de servicios (art. 1 inc. b) entendiéndose por tales no sólo el tipo contractual de la locación de servicios regulado en el Código de Vélez, sino también la locación de obra, el seguro, el transporte, el hospedaje y todos aquellos contratos que importen un asesoramiento o una asistencia de cualquier naturaleza (8).

La amplitud de la norma legal nos permite concluir que los contratos bancarios celebrados por un consumidor quedan también atrapados por el mencionado microsistema, máxime cuando el mismo se ha ocupado especialmente de la regulación de las operaciones de créditos con fines de consumo (art. 36), que constituyen uno de los negocios financieros con mayor repercusión económico-social. La dificultad con la cual puede tropezar el operador jurídico es la de determinar cuándo el préstamo es realizado con la finalidad de destinarlo a la adquisición de bienes de consumo; la cuestión creemos deberá resolverse conforme lo ha propuesto el Prof. Farina en el sentido que debe presumirse tal situación cuando el crédito haya sido otorgado a una persona física por un monto que no admita otro destino que el consumo o uso personal (9).

Pensamos que las reflexiones anteriores cobran interés para el estudio del tema convocante por este seminario, ya que resulta imprescindible conocer si las normas tuitivas del contratante débil alcanzan también a las «garantías» constituidas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas frente a un proveedor de un servicio financiero. En tal sentido creemos que la cuestión debe resolverse de manera favorable a la aplicabilidad de tales reglas, con sustento en los siguientes argumentos:

a) En diferentes instituciones del mundo jurídico cobra especial protagonismo la denominada «teoría de la accesoriedad», que en esencia se caracteriza por someter lo accesorio a lo principal, sea en cuanto a su origen, naturaleza, efectos o extinción. En lo que aquí respecta la accesoriedad de la garantía juega no sólo por su dependencia a la existencia y subsistencia del crédito (10), sino también en cuanto a la proyección de la naturaleza del negocio principal sobre el subordinado.

Por consiguiente los negocios de garantía podrán ser alcanzados por la ley N° 24.240 cuando accedan a contratos de consumo. Se podrá argumentar en oposición a esta postura que la ley de defensa del consumidor no consagra expresamente la regla de la accesoriedad, pero es evidente que un planteo

toman depósitos del público, acrecentándose por ello la posibilidad de incurrir en abusos respecto de sus clientes. Al respecto puede verse a CUFRE, David y ZLOTNIK, Claudio, *Financieras para pobres* en Cash, Suplemento económico del diario Página/12 del 18/05/97, Año 8, N° 368, pág. 1 y sig.

(8) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Bs As, 1995, pág. 62.

(9) op. cit., pág. 267. En contra BENELBAZ, Héctor y COLL, Osvaldo W., *Sistema Bancario Moderno. Manual de Derecho bancario*, Depalma, Bs As, 1994, pág. 534.

(10) DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, vol. I, pág. 571 y sgts.

semejante significaría desconocer el carácter esencialmente expansivo que presenta todo microsistema con relación a los fenómenos contiguos o conexos (11).

b) El artículo 1 de la ley N°24.240 atrapa no sólo a los consumidores que han otorgado la garantía para su beneficio propio (vg. hipoteca celebrada por el deudor), sino que también se proyecta a aquellos que la han constituido en beneficio de su grupo familiar o social (vg. fianza; hipoteca perfeccionada por un tercero). Si bien es cierto que cuando el garante asume el carácter de tercero respecto del contrato de consumo no deviene en destinatario final de los productos o servicios prestados por el proveedor, es ostensible que el interés que lo mueve radica en favorecer al sujeto que garantiza, a punto tal que sin su colaboración este último no podría obtener la prestación deseada; el rol de consumidores que a nuestro entender ambos asumen se ve reflejado en la relación de consumo que integran con el proveedor (12).

c) El principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional impide que se distinga a los fines de la tutela, entre el negocio de consumo y el negocio de garantía. No debe olvidarse que con frecuencia el garante es un tercero que se obliga gratuitamente, siendo por tanto injusto tratarlo más gravosamente que al consumidor beneficiado por esa liberalidad. Esta conclusión no se ve desvirtuada por la circunstancia que el artículo 1 de la ley N° 24.240 excluye de su ámbito de aplicación a los contratos gratuitos toda vez que por vía reglamentaria se han considerado como «consumidores o usuarios a quienes en función de una ... contratación a título oneroso ...» sean parte de un contrato que no implique desplazamiento patrimonial.

En síntesis, la aplicación de las normas relativas a la defensa del consumidor a ciertos garantes de operaciones bancarias encuentra, como hemos visto, importantes fundamentos dogmáticos que han venido a llenar el vacío legislativo en esta materia (13), y que coinciden -tal como habremos de verlo a continuación- con la orientación seguida por nuestro Derecho privado proyectado y por el Derecho comparado.

2.2.La incidencia de la aplicación del estatuto de defensa del consumidor a las garantías bancarias

2.2.1.Las prácticas abusivas. Problemática de la fianza abierta

El deber de información, considerado como expresión máxima de la

(11) IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 51. En forma análoga se observa que nuestro Código de Comercio, en su carácter de estatuto que rige las relaciones comerciales, se extiende en su aplicación a los negocios que si bien no son mercantiles por su naturaleza se vinculan más o menos estrechamente con ellos. Así acontece v.gr. con los contratos de fianza (art. 578) y prenda (art. 580).

(12) La relación de consumo ha sido revalorizada por la reciente reforma de nuestra Constitución Nacional mediante el nuevo artículo 42.

(13) ACOSTA, Miguel Angel, *Los Bancos y el ombudsman*, L.L., t. 1997-B, pág. 920 y sgts.

actuación del principio de la buena fe en el período precontractual, adquiere en materia de defensa de del consumidor el rango de derecho fundamental al constituir la herramienta prevista por el legislador para conjurar la superioridad económica-jurídica que detenta el proveedor. El mismo se expresa a través de la necesidad de poner en conocimiento del consumidor todas aquellas circunstancias que refieran tanto a la prestación objeto mediato del contrato cuanto a las condiciones jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio (14). Nuestro Derecho positivo lo ha consagrado en la ley de defensa del consumidor (arts. 4, 5, 6, 9, 10, 25, 28, 34 y 37) y le ha dado rango constitucional mediante la reforma introducida en el año 1994.

Este deber recae no sólo sobre el proveedor del producto o servicio sino también sobre el Estado, ya que el nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional obliga a las autoridades a proveer a la protección del derecho a una información adecuada y veraz. Sobre este último aspecto es oportuno recordar que en el ámbito de la contratación bancaria el cumplimiento del deber de información ha merecido recientemente una especial preocupación a través de la puesta en marcha del «Servicio de Atención al Usuario», instrumentado mediante el dictado de la comunicación «A» 2423 del Banco Central de la República Argentina (B.O. 14/04/96), por el cual el órgano de contralor de la actividad financiera ha habilitado una oficina para la recepción de consultas que los consumidores consideren pertinente realizar con el propósito de resguardar sus derechos (15).

Si bien pensamos que este mecanismo puede resultar de utilidad para el cliente bancario, creemos que de ninguna manera habrá de solucionar los serios déficits de información que se verifican en esta clase de negocios masificados, lo cual se observa principalmente en la falta de anoticiamiento de los aspectos nucleares del contrato en sus distintas fases (v.gr. falta de transparencia en la comunicación de las condiciones financieras de otorgamiento de los préstamos, ausencia de información de las variaciones unilaterales introducidas por la entidad bancaria, etc.) (16) y en algunos supuestos de garantías constituídas de manera «abierta», caracterizadas por la indeterminación de los negocios, importes y sujetos garantizados.

Con relación a este tipo de seguridades es necesario precisar que nuestra jurisprudencia ha hecho una interpretación poco rigurosa de las normas legales que las alcanzan, particularmente de las relativas a la fianza de obligaciones

(14) ORTI VALLEJO, Antonio, en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO-SALAS HERNANDEZ, *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 414.

(15) Las mencionadas consultas podrán realizarse a través de una línea telefónica de cobro revertido habilitada a tal fin (pto 1 del anexo a la com. «A» 2423).

(16) Para un estudio comparado del requerimiento de transparencia en el sector financiero puede verse a BUONOCORE, Vincenzo, op. cit., pág. 449 y sgts, y ANDREU MARTI, María del Mar, *La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario* en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año XIV, enero-marzo 1995, pág. 103 y sgts.

futuras reguladas por los artículos 1988 y 1989 del Cód. civ. (17), que a nuestro entender debe ser objeto de una revisión a la luz de las disposiciones que integran el estatuto de defensa del consumidor. Recordemos que aquellas admiten el afianzamiento de créditos futuros e inciertos por un importe no precisado aunque con la exigencia de poseer un objeto determinado, requisito éste que en materia bancaria se ha estimado cumplido con la sólo referencia de los sujetos de la obligación principal o del negocio al cual la garantía accede, aún cuando el mismo se trate de un tipo contractual abierto dentro del cual puedan volcarse una pluralidad de operaciones, tal como ocurre con la cuenta corriente bancaria (18). En estos casos pensamos que la falta de una precisa determinación del objeto garantizado provoca una notoria inseguridad para el fiador que puede verse obligado a responder por un riesgo patrimonial no asumido, ajeno a las consecuencias virtualmente comprendidas en el negocio y con evidente menoscabo del principio de la buena fe (19).

Tal observación se ve reforzada si se la considera desde la perspectiva del deber de información que impone la normativa consumerista, y que recae especialmente sobre las entidades financieras obligadas a desarrollar su actividad en un marco de absoluta transparencia, que exige que el garante conozca -al tiempo de otorgar la fianza- cuales serán los eventuales negocios por los que se obliga a fin de prever la extensión de su responsabilidad patrimonial. Se podrá argumentar que el criterio que propiciamos afecta el acceso al crédito de los consumidores por cuanto los bancos no estarían dispuestos a contratar sin una sólida garantía que respalde la seguridad de su acreencia, pero estimamos que tal afirmación carece de asidero por cuanto al tiempo que desconoce la protección de quien

(17) Así pueden consultarse los siguientes fallos: C.N.Esp. Civ. y Com., Sala I, 20/07/73, E.D., t. 50, pág. 440; T. Colegiado Juicio Oral Rosario, 28/08/79, J, t. 66, pág. 13; C.N.Com., Sala D, 30/10/80, E.D., t. 92, pág. 228; C.N.Com., Sala B, 25/06/85, E.D., t. 115, pág. 583; C.N.Com., Sala B, 21/10/85, E.D., t. 118, pág. 325; y C.N.Com., Sala B, 24/10/88, E.D., t. 133, pág. 550.

(18) Es frecuente observar en el mercado financiero la constitución de garantías «ómnibus» para seguridad de los saldos de cuentas corrientes bancarias recolectoras de todas las operaciones de crédito para el consumo que los usuarios mantienen con los bancos, v.gr. apertura de crédito, mutuo, tarjeta de crédito, etc. No debemos olvidar que la utilidad de dichas garantías responde a la circunstancia de que actualmente la comunicación 2621/97 permite que el deudor principal preste conformidad para que se le debiten de la cuenta corriente respectiva «las comisiones libremente pactadas al momento de la apertura o posteriormente, los servicios que preste la entidad, y los conceptos por operaciones concertadas con ella o con terceros que el cuentacorrentista haya concertado» (V. A.D.L.A., LVII-E, pág. 6052 y sig.). En este marco cobra particular interés la jurisprudencia que ha sostenido que «La garantía otorgada en el marco de un contrato de cuenta corriente bancaria puede ser nula o anulable (arts. 1044 y 1045 C.C.) cuando da ocasión al funcionamiento abusivo de la banca, lo que puede ser ocasionado por a) la indeterminación de importes por los que deban responder los garantes, b) la indeterminación de los negocios en el marco de la garantía, c) la indeterminación del sujeto por el que se da la garantía» (C.N.Com., Sala B, 10/10/96, «Deutsche Bank Argentina, S.A. c/ Naymark, Víctor S. y otros», J.A., semanario N° 6034 del 23/04/97).

(19) Toda vez que de acuerdo a lo previsto por el art. 1198 del Cód. civ. los contratos deben interpretarse «de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión». V. en este sentido a LOPEZ de ZAVALLIA, Fernando, *Teoría de los Contratos*, Zavallia, Bs As, 1995, t. 5, Parte Especial (4), pág. 80.

lealmente ha confiado en el otorgamiento de una seguridad con alcances más limitados a aquellos que luego se le pretenden oponer, no procura establecer ciertos límites al funcionamiento de prácticas manifiestamente abusivas.

En virtud de todo ello consideramos que las entidades financieras deberán realizar un mayor esfuerzo en la determinación del objeto de las garantías ómnibus comprendidas dentro de ley de defensa del consumidor en miras al cumplimiento del deber de información, evitando la eventual invocación de nulidad (art. 1058 bis del Cód. civ. y arts. 36 y 37 de la ley N° 24.240) (20). Por tal razón coincidimos con la opinión vertida por el Dr. Carlos G. Villegas en cuanto recomienda fijar «un monto máximo hasta el cual resultará obligado el fiador como una forma de determinar su extensión y fijar una pauta dentro del contrato de fianza que permita proteger adecuadamente los derechos del fiador» (21).

Entendemos que esta propuesta no sólo armoniza con los límites impuestos para la constitución de garantías reales de obligaciones eventuales, condicionales o indeterminadas, en donde la especialidad en cuanto al crédito exige para su validez la declaración del valor estimativo de la deuda (arts. 3109 y 3131 inc. 4 del Cód. Civ.) (22), sino que coincide con las soluciones receptadas en el Derecho comparado (23), y las propuestas del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial elaborado por la denominada Comisión Federal, en cuanto establecía que «... La fianza por créditos indeterminados debe ser determinada en su monto. En la fianza indeterminada en el monto deben ser determinados los créditos actuales o futuros que se garantizan ...» (art. 1993, segundo párrafo) (24).

2.2.2. Las cláusulas abusivas

Ya hemos demostrado la importancia que adquiere la aplicación de la ley de defensa del consumidor al ámbito de las garantías en cuanto facilita el ataque a prácticas manifiestamente abusivas. Lo mismo acontece con relación a aquellas cláusulas que afectan el equilibrio negocial, constituyéndose en disposiciones contractuales vejatorias.

(20) En estos casos la nulidad podrá ser total o parcial según que todas o algunas de las obligaciones garantizadas sean futuras e inciertas. Esta conclusión se funda en la circunstancia que no se puede informar aquello que no se conoce al tiempo de la constitución de la garantía, sea en su esencia o extensión. Estos supuestos de ineficacia originaria no deben confundirse con la facultad reconocida al fiador por el art. 1.990 del Cód. civ. de extinguir unilateralmente la garantía cuando la obligación futura y cierta asegurada no hubiera aún nacido

(21) En *Las garantías del crédito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 126.

(22) La determinación máxima del monto debe guardar proporcionalidad con los negocios garantizados, a fin de evitar su descalificación.

(23) Ver Cód. civ. suizo de las obligaciones (art. 493), Cód. civ. italiano de 1942 (art. 1.038, texto según la ley N° 154 del 17/02/92) y Cód. civ. holandés de 1992 (arts. 858.1 y 861 del Libro 7).

(24) En sentido similar se expresaron el Anteproyecto de Biliboni (art. 2.129), el Proyecto de 1936 (art. 1.305, inc. 2, última parte) y el Proyecto elaborado por la Comisión designada por decreto N° 468/92 del P.E.N. (art. 1.408).

Debido a que excedería el propósito de este trabajo analizar de manera integral la regulación que la ley N° 24.240 incorpora en materia de cláusulas abusivas (25), sólo nos limitaremos brevemente a analizar la importancia que aquella presenta respecto de las condiciones generales que con frecuencia resultan utilizadas por las entidades financieras en la constitución de garantías reales, con particular referencia a la hipoteca. Para ello estimamos de interés estudiar algunas cláusulas contenidas en los modelos elaborados por el B.C.R.A. a través de la comunicación «A» 2385 del 20/10/95 para los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, debido a resultar el tipo exigido a los bancos de plaza.

De las mismas creemos que presentan una mayor vulnerabilidad frente al estatuto de defensa del consumidor, las siguientes:

a) Cláusulas que imponen renunciaciones por parte del deudor a invocar principios generales

La reforma de la N° 17.711 significó un notable avance en cuanto al reconocimiento legal de una serie de institutos, tales como la buena fe, el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, etc., que han provocado una ampliación de las facultades de los magistrados en miras a lograr una mayor justicia en el ámbito de las relaciones contractuales. Esta política legislativa pretende ser neutralizada mediante este tipo de cláusulas contractuales, de evidente antijuridicidad atento a lo dispuesto en el artículo 37 inc. b) del cuerpo legal antes referido en cuanto declara nulas a las «cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor». Adviértase que lo que se persigue a través de ellas, es evitar que el obligado pueda ejercer facultades que le permitan defenderse frente a conductas desleales, o antifuncionales, provenientes del acreedor, o de hechos gravosos externos a las partes.

La ilicitud se intensifica si se toma en consideración que por la misma el acreedor hipotecario se reserva la facultad de hacer caducar los plazos acordados si frente a la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles no puede acordar con el deudor -dentro del plazo de cinco días- nuevas condiciones «que reduzcan los efectos de las circunstancias antes mencionadas». Lo dicho evidencia una notoria «desigualdad de trato» que también lesiona la cláusula constitucional impuesta en el artículo 42 de nuestra carta magna.

b) Cláusulas que importan renunciaciones a derechos del consumidor

El modelo que analizamos contiene cláusulas que disponen expresamente que «en caso de ejecución judicial, el deudor y eventualmente el hipotecante, renuncian en forma irrevocable a recusar sin causa al Juzgado donde se inicie la

(25) Para un estudio integral de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor, puede verse nuestro trabajo *La problemática de las cláusulas abusivas en el estatuto argentino de defensa del consumidor*, en Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario, N° 1, Año 1997, pág. 75 y sgts.

acción, a exigir arraigo y a oponer cualquier defensa, incidente, recurso o excepción alguna, salvo pago o espera documentada». Si bien el carácter ejecutivo que se imprime al juicio hipotecario puede justificar la amplitud de la fórmula en cuanto a la limitación de excepciones, creemos que se avanza groseramente sobre los derechos del consumidor cuando se pretende impedir que el mismo recurra la sentencia que lo condena. Nuestros tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad de tales cláusulas, afirmándose que «deben tenerse por no convenidas las que importen renuncia de los derechos del consumidor, entre ellas, ... el derecho de apelar una sentencia adversa», ya que «el hecho de estar frente a un proceso ejecutivo no impide declarar la nulidad apuntada por cuanto no atenta contra la celeridad del mismo debido a que en principio la sentencia en juicio ejecutivo, cuando se ha opuesto excepciones, es apelable» (26).

c) cláusulas que importan una prórroga de la competencia

También en el aludido modelo, se proyectan cláusulas que reconocen en favor de la entidad financiera la facultad de elegir la jurisdicción para dirimir el conflicto judicial, entre los Tribunales Ordinarios correspondientes al lugar de celebración o ejecución del contrato y los Tribunales de la Capital Federal. El jurista español Eduardo Polo analizando este tipo de condiciones generales ha dicho que ellas suponen «un perjuicio desproporcionado para el consumidor, que se ve obligado a litigar en un lugar distinto al del cumplimiento de la obligación o de su propio domicilio, aumentando de esta forma la ventaja de la entidad de crédito que de por sí ya tiene contratados servicios de asesoría y asistencia jurídica». Coincidiendo con tales conclusiones, entendemos que dicha cláusula no supera el test de licitud consagrado en el artículo 37 del decreto reglamentario de la Ley N° 24.240 en cuanto dispone que «se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes».

Es evidente que a la luz de la mencionada disposición legal, la cláusula cuestionada aparece como manifiestamente abusiva, en razón de que nada a cambio ha de recibir el adherente.

d) cláusulas que posibilitan la extinción unilateral del contrato por voluntad del acreedor

En el derecho comparado existe una fuerte tendencia a impedir que los proveedores de bienes y servicios puedan discrecionalmente poner fin al vínculo contractual habido con el consumidor. Prueba de ello lo constituyen la directiva

(26) Ver sentencia dictada dentro de los autos caratulados «Banco de Crédito Argentino S.A. c/ Suárez, Humberto M. y Otra s/ Ejecución Hipotecaria», que tramitara por ante el Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de la Ciudad de Rosario.

de la CEE N° 93/13 sobre «Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», del 5 de Abril de 1993 (cláusula anexa I.f), y las leyes que procuraron su recepción al derecho interno, tal como la italiana N° 52, del 6 de Febrero de 1996 (art. 1469-bis, 7).

Si bien la ley N° 24.240 no la ha consagrado como cláusula abusiva de pleno derecho, pensamos que la misma no puede ser tolerada en el marco del estatuto de defensa del consumidor dado que ella supone desnaturalizar la esencia de todo vínculo contractual (art. 37, inc. a, primera parte), encaminado al cumplimiento de las obligaciones resultantes, esto es, a la satisfacción de los intereses en juego.

La cuestión exige aquí particular atención, ya que el modelo referido supra contiene cláusulas de este tipo, que entran a jugar cuando el banco estima a su criterio que debido a modificaciones «...de leyes o reglamentaciones...» o de «...nuevos requerimientos de la autoridad de aplicación respecto de reservas, capital, depósitos especiales...», etc, se hiciera más gravoso el mantenimiento del crédito.

Aunque la cláusula preve que en tales casos «las partes negociarán de buena fe el establecimiento de condiciones alternativas que reduzcan los efectos de tales circunstancias...», lo cierto es que «en caso que no se llegare a un acuerdo, el banco podrá decretar la caducidad de los plazos y el deudor deberá cancelar el saldo de capital adeudado...», encubriendo con ello una facultad extintiva incausada, y sin reciprocidad.

3. Conclusión

Hemos querido demostrar con este trabajo que el estatuto de defensa del consumidor exige modificar algunas prácticas y cláusulas usualmente utilizadas para la constitución de garantías en el mercado financiero, con el propósito de preservar el equilibrio contractual y la igualdad de trato no sólo del deudor, sino también de los garantes cuando actúan como terceros respecto de la relación de consumo.

Pensamos por tanto que la aplicación de los diferentes mecanismos legales que brinda el aludido estatuto, sin duda contribuirán a ir conformando un mercado financiero, que a la par de reconocer el despliegue del valor utilidad, se constituya en un ámbito en donde la transparencia de las operaciones y la lealtad de los contratantes hagan propicia la concreción del valor justicia.