

Tiempo de lectura de la nota y los estándares: 7 minutos

TDA

**LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS
JUDICIALES DONDE SE TRATAN RELACIONES DE
DERECHO PRIVADO**

**METODO S.U.B.E. APLICADO AL CONTRATO
BANCARIO**

10 ESTÁNDARES PRACTICOS

A. BREVE INTRODUCCION

Los criterios fijados por la Corte Suprema en diferentes fallos (aquí transcribimos solo 1 para posteriores citas del lector), vienen a “romper” las estructuras básicas de la relación contractual de derecho privado, en el caso el contrato de los bancos con sus clientes.

Lo que interesa destacar muy especialmente, es que esa “ruptura” se apoya en criterios y principios del derecho Administrativo, como ser el orden público, el interés general, la situación de subordinación o desigualdad entre las partes y la estabilidad de la organización administrativa. Y, sin embargo, concomitantemente encuentra sustento en normas del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1097, 1098, 1119 y 1122).

Indudablemente, al menos en materia contractual, el derecho público y el derecho privado, si bien transitan caminos litigiosos de contenido diferente, cada vez mas encauzan sus soluciones procesales (en el ámbito judicial) con criterios similares.

Desde TDA intentaremos - en distintas entregas - mostrar esa nueva "identidad" en el marco de decisiones judiciales recientes (y no tan recientes), empezando por el contrato bancario y siguiendo próximamente con el derecho de daños, los servicios públicos, el dominio y sus efectos jurídicos y los derechos y obligaciones emanados de los contratos de salud.

Concomitantemente, sugerimos al lector 2 trabajos esclarecedores sobre esta temática: uno del Profesor Juan Carlos Cassagne, Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y administrativo. Grupo Editorial Ibañez, 2020, Colección Internacional Lex y otro de la Profesora Miriam Mabel Ivanega, "Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante de derecho privado", 2007, Revista de Administración Pública N° 323, Ediciones RAP.

Daniel M. Nallar

B. LOS 10 ESTÁNDARES DE TDA – S.U.B.E.

1. DE NUEVO SOBRE EL 42 CN Y LAS "PERSONAS VULNERABLES"

La norma contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional contiene una especial protección a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables.

2. SUBORDINACION ESTRUCTURAL

En los contratos de consumo el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural y de inferioridad económica o técnica.

3. DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

Habiendo un “desequilibrio contractual” natural, existen reglas “artificiales” que imponen deberes al predisponente y describen conductas prohibidas porque abusan de la buena fe del consumidor.

4. CONTRATO BANCARIO

La tutela especial prevista en la ley 24.240 (arts. 8° bis y 37) y en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1097, 1098, 1119 y 1122) se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, ya que debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas.

5. EL AHORRO

El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio debe ser protegido por los jueces, sin que interese cuáles son sus propósitos individuales.

6. ESTABILIDAD INSTITUCIONAL

La organización social, el respeto recíproco y el crecimiento económico solo ocurren con instituciones estables.

7. COSTOS DE MANTENIMIENTO NO PUEDE CONSUMIR EL CAPITAL

La eventual existencia en los contratos de caja de ahorro, de cláusulas que impongan costos de mantenimiento de cuenta que por su valor puedan consumir no solo la tasa de interés que ofrece la entidad, sino también el capital depositado por el ahorrista, provoca la desnaturalización de la economía del contrato, desvirtúa la finalidad para el cual aquel ha sido concebido y afecta la capacidad de ahorro de los ciudadanos de indudable interés general.

8. LA CAPACIDAD DE AHORRO DE LOS CIUDADANOS ES UNA CUESTION O DERECHO DE INTERÉS GENERAL

Los costos bancarios no pueden cercenar la capacidad de ahorro. Si así sucede debe corregirse.

9. ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS BANCOS ANTE AUSENCIA DE REGLAMENTACION

El hecho de que el Banco Central, como entidad de contralor, admita la comisión de "mantenimiento de cuenta" en las cajas de ahorro sin establecer pautas concretas ni fijar tope alguno, no faculta a la entidad bancaria a determinarla sin justo motivo o de forma tal que desnaturalice la economía del contrato de que se trate.

10. INFORMACIÓN PREVIA AL CONSUMIDOR: SIRVE PERO NO JUSTIFICA

En tanto el Código Civil y Comercial de la Nación señala que las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor (art. 1118) frente a una cláusula de este tipo, la mayor o mejor información que se le brinde a la víctima acerca del aprovechamiento del que será objeto, no puede de ningún modo validar el acto.

C. FALLO MODELO COMPLETO

Buenos Aires, 14 de marzo de 2017.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ sumarísimo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la asociación civil Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor –PADEC-, inició una acción de incidencia colectiva contra el BankBoston N.A. tendiente a que se declare la nulidad de la cláusula relativa al cobro del cargo por “mantenimiento de cuenta” en las cajas de ahorro y se lo condenara a reintegrar a sus clientes lo cobrado por dicho cargo durante los últimos diez años, más sus intereses.

2º) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto rechazó el reclamo de modo retroactivo con sustento en que la condena no podía alcanzar a los actos pretéritos y consentidos por los clientes del banco. A su vez, revocó la condena a readecuar la cláusula cuestionada hasta la suma de \$ 5 y a reintegrar lo percibido de más por ese concepto durante los sesenta días previos al dictado de la sentencia.

Para decidir como lo hizo, el a quo sostuvo que si bien en principio era atendible la pretensión en lo que respecta a la existencia de un proceder cuestionable del banco, toda vez que resultaba aplicable el régimen de nulidades relativas, la ausencia de protesta por parte de los clientes involucrados importaba una confirmación tácita del gasto, y máxime cuando no aparecía expresamente infringida la reglamentación del Banco Central de la República Argentina que admitía el cobro de la comisión.

En cuanto a la conducta del banco, señaló que conforme surgía de los peritajes practicados en autos, la demandada había ampliado el “*spread*”, de modo tal que los clientes de cajas de ahorro debieron sufragar costos crecientes del cargo cuestionado, mientras las tasas de interés que se pagaban iban decreciendo y había percibido, de esa manera, en un año, 46, 22 veces más ingresos por servicios de cajas de ahorro que por el pago de intereses correspondientes. En

virtud de esa prueba, destacó que resultaba posible que los gastos del cargo en cuestión consumieran los fondos depositados en las cajas de ahorro.

No obstante ello, rechazó el reclamo retroactivo por entender que se encontraban en juego únicamente intereses de carácter patrimonial de los clientes de un banco, ajenos al orden público. Por otra parte, revocó la condena con efectos *ex nunc* con sustento en que resultaba de imposible cumplimiento en mérito a la transferencia del fondo de comercio de la demandada al Standard Bank Argentina S.A.

3º) Que, contra dicho fallo, la actora dedujo el recurso extraordinario federal de fs. 3997/4015, que fue denegado a fs. 4041/4041 vta., lo que dio lugar a la interposición de la queja en examen.

La actora sostiene que la sentencia es contraria a la protección al consumidor consagrada por el artículo 42 de la Constitución Nacional, como a las disposiciones de la ley de Defensa del Consumidor 24.240. Alega que en este tipo de contratos bancarios –de ejecución continuada y de larga duración, automatizados mediante el diseño de actos unilaterales mecanizados-, el silencio del usuario no sana las irregularidades de la entidad financiera. Afirma que la nulidad que impone la ley de Defensa del Consumidor, ante una conducta abusiva, es de carácter absoluto, y más aún cuando la conducta ilícita del banco provoca un desaliento del ahorro y la distorsión del contrato bancario de caja de ahorro.

Además, manifiesta que la autorización del Banco Central de la República Argentina para percibir el cobro de comisiones por “mantenimiento de cuenta” a los titulares de cajas de ahorro, no importa una libertad para fijar el monto sin justificación alguna.

4º) Que si bien los agravios de la recurrente se vinculan con cuestiones de derecho común, ajenas –como regla y por su naturaleza- a la vía del recurso extraordinario, ello no resulta óbice para habilitar dicha instancia cuando lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa y desatiende la finalidad tuitiva de la legislación en la materia debatida en autos, con grave menoscabo de las garantías constitucionales.

5º) Que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e **intereses económicos**; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de **trato equitativo y digno** (énfasis agregado).

Dicha norma revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables, y en cuanto al planteo efectuado en autos interesa, dentro del sistema económico actual.

6º) Que este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional.

Así es que frente a la problemática del desequilibrio contractual que se presenta de manera acentuada en el derecho del consumo, el legislador fue estableciendo reglas que imponen deberes al predisponente y que describen conductas prohibidas porque abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica.

En este sentido, la ley 24.240 (texto reformado por la ley 26.361) prevé, como regla general, que “*Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios*” (art. 8º bis). A su vez, establece como prohibición específica que “*...Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán **por no convenientes**: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (...).*” (art. 37, énfasis agregado).

A su turno, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios” (art. 1097), como así también “*un trato equitativo y no discriminatorio*” (art. 1098). Además, que “*sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor*” (art. 1119) y que ésta debe tenerse “*por no convenida*” (art. 1122).

7°) Que esta tutela especial se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante para hacer operativo el derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional.

En este ámbito particular, el principio protectorio quedó plasmado en la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central (ley 26.739) y su reglamentación sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros” y en el art. 36 de la ley 24.240 (texto modificado por las leyes 26.361 y 26.993) sobre las operaciones financieras para consumo.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora, en el Capítulo 12, una serie de principios y reglas en materia de contratos bancarios, orientados a la protección de los consumidores y usuarios de servicios financieros, donde se dispone, entre otras estipulaciones, que “*En ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente*” y que “*Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas*” (art. 1388).

La aplicación armónica de estos cuerpos normativos resulta esencial para eliminar asimetrías que distorsionan el mercado bancario en perjuicio del consumidor.

8°) Que, en suma, esta tutela se intensifica si se trata, como en el caso, de un contrato donde la entidad bancaria asume como obligación la protección del ahorro.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que “El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces, sin que interese cuáles son sus propósitos individuales, salvo que se constate alguna ilicitud. Esta regla es la base de la tranquilidad que todos tenemos que gozar en una sociedad organizada, es el fundamento del respeto recíproco y es el principal impulsor del crecimiento económico que sólo puede ser realizado dentro de instituciones estables” (Fallos: 329:5913; 330:5345 y 331:1890).

De ahí que la eventual existencia en los contratos de caja de ahorro, de cláusulas que impongan costos de mantenimiento de cuenta que por su valor, puedan consumir no solo la tasa de interés que ofrece la entidad, sino también el capital depositado por el ahorrista, provoca la desnaturalización de la economía del contrato, desvirtúa la finalidad para el cual aquel ha sido concebido y afecta la capacidad de ahorro de los ciudadanos de indudable interés general.

9°) Que, a lo expuesto resulta necesario agregar que la aprobación por parte del Banco Central del cobro de la comisión cuestionada (Comunicaciones A3042 y A3336) y la eventual falta oportuna de impugnación de tal normativa, no obsta a su control judicial, pues ello no permite por sí descartar la abusividad alegada (art. 1122 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Además, la comisión aprobada por dicha autoridad estatal puede ser implementada en su origen de modo lícito y luego, en un momento determinado del curso del iter contractual, devenir en abusiva a raíz de una modificación económica del cargo que produce la desnaturalización de las obligaciones recíprocas previstas en el tipo contractual. En efecto, el hecho de que el Banco Central, como entidad de contralor, admita la comisión cuestionada sin establecer pautas concretas ni fijar tope alguno, no faculta a la entidad bancaria a determinarla sin justo motivo o de forma tal que desnaturalice la economía del contrato de que se trate.

10) Que, a partir de todo lo expuesto, cabe afirmar que frente al orden público contractual que impera en la materia consumeril, las cláusulas abusivas no pueden ser materia de una renuncia anticipada, ni cabe considerarlas subsanadas por una suerte de consentimiento tácito del consumidor. Es más, deben tenérselas por no convenidas, lo que trae como consecuencia que ni siquiera la anuencia expresa pueda validarlas.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación señala que *“Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”* (art. 1118). Es decir, que frente a una cláusula abusiva, la mayor o mejor información que se le brinde a la víctima acerca del aprovechamiento del que será objeto, no puede de ningún modo validar el acto.

11) Que la cámara consideró que la conducta del banco resultaba cuestionable con sustento en que *“los clientes de caja de ahorro debieron sufragar costos crecientes por ‘mantenimiento’ de la cuenta mientras las tasas de interés que se pagaban iban decreciendo”*, lo que daba como resultado *“la posibilidad de que los gastos consuman los fondos depositados”* (fs. 3984).

Ante ello, y por las razones antes expuestas, el planteo no debió ser desestimado con apoyo en el consentimiento tácito del gasto por parte del consumidor, cuando la normativa mencionada y vigente en ese entonces ya hacía operativo el principio protectorio consagrado en la Carta Magna.

En tales circunstancias, cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con la garantía constitucional que se invoca como vulnerada (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario federal y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por **-PADEC- Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor, en calidad de parte actora**, representada por la **Dra. Isabel Novasad**, con el patrocinio del **Dr. Daniel Osvaldo Parise**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 12.**