

CARLOS G. GERSCOVICH

Consumidores Bancarios

Derechos económicos de los bancos y sus clientes



Buenos Aires / Bogotá / México / Santiago

ÍNDICE GENERAL

Prefacio.....	XIX
Abreviaturas.....	XXIII

CAPÍTULO 1

LOS CONTRATOS CLÁSICOS, LA ECONOMÍA, EL DERECHO ECONÓMICO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

§ 1. Evolución del derecho de los contratos. Contratación individual y colectiva, en serie o en masa	1
§ 2. Enfoques económicos que explican el consumo	4
§ 3. Derecho económico y análisis económico del derecho	6
3.1. Derecho económico	7
3.1.1. Orígenes.....	7
3.1.2. Nociones preliminares	8
3.1.3. Divergencias doctrinales. Especies y clases	10
3.1.4. Sistemas y dificultades. La asignación	12
3.1.5. Caracteres relevantes del derecho económico	13
3.1.6. Síntesis	14
3.1.7. Sujeto del derecho económico. No es el Estado, ni la empresa.....	15
3.1.8. Objeto general del derecho económico. La autorización para operar.....	17
3.1.9. Objeto y legislación especial: Los mercados. Integración heterodoxa	19
3.2. Análisis económico del derecho.....	19
3.2.1. Marco normativo. Regulación y reglamentación financiera	22
3.2.2. La reglamentación del BCRA: Circulares o comunicaciones	24
3.2.3. El AED y los contratos	26
3.2.4. Las externalidades. Positivas y negativas	26
3.2.5. La eficiencia en el AED.....	27
3.2.6. Sentido y aplicaciones.....	28

3.2.7. Contribuciones de Coase y Pareto al derecho de consumo	29
3.2.8. Los incentivos	32
3.2.9. Utilidad del AED	33
3.2.10. Resumen y conclusiones	34
CAPÍTULO 2	
DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO	
§ 1. Introducción: ¿Qué son, cómo funcionan y qué hacen los bancos?	35
§ 2. Actividad bancaria	36
2.1. Concepto de cliente. Derecho nacional y comparado	41
§ 3. Naturaleza jurídica	45
3.1. Encuadre en el derecho comercial	45
3.2. ¿Actividad de interés general o servicio público?	46
3.3. Noción de servicio público, propio e impropio	50
3.4. Antecedentes italianos y comunitarios	53
3.5. Doctrina y jurisprudencia nacionales	55
§ 4. Contratos y operaciones bancarias	58
4.1. Clases de operaciones	65
§ 5. El depósito y la cuenta corriente bancaria	70
§ 6. Relaciones técnicas, reservas y encajes fraccionarios	75
6.1. Antecedentes del tema	75
6.2. Los conceptos	76
6.3. El postulado coeficiente de caja del 100%	77
6.4. El “multiplicador” monetario que crean los bancos	79
§ 7. Liquidez, activos, dinero y solvencia	81
§ 8. La supervisión del sistema financiero. El BCRA y sus potestades	88
8.1. El poder de policía bancario	90
8.2. Situación reglamentaria y relación de sujeción especial de las entidades financieras con el BCRA y con la CNV	92
8.3. El BCRA, sus potestades. Atribuciones reglamentarias, inquisitorias y cuasijurisdiccionales	93
8.4. Discrecionalidad del BCRA. Su responsabilidad	95
§ 9. Análogas características en el mercado bursátil y las potestades de la CNV	98
§ 10. Conexión del derecho bancario con el derecho de los consumidores	100
§ 11. Responsabilidad bancaria	101
11.1. Lineamientos generales	101
11.2. Infracciones financieras y sanciones	103
11.2.1. Problemática del tema	103
11.2.2. Catálogo de irregularidades, cargos y acusaciones	103
11.2.3. Actuaciones preliminares en el BCRA. Jurisprudencia imperante	104

11.2.4. Opinión contraria del autor	107
11.2.5. La <i>dilación indefinida</i> y la nueva tendencia que se va perfilando	108
§ 12. Carácter sistémico	110
12.1. Extensión ejemplificativa: Los créditos en mora	113
12.2. Extensión global	114
12.3. Los riesgos sistémicos de la actividad y su prevención	115
12.4. Central de datos y riesgos	120
12.5. Clasificación de deudores y categorías	120
12.6. Políticas de previsiones	122
§ 13. El riesgo moral (<i>moral hazard</i>) y el papel del sistema bancario	123
§ 14. Asimetrías en la información: Selección adversa	124
§ 15. Comercio y banca electrónicos	125
15.1. La contratación electrónica en general	125
15.2. Normativa vigente y conceptos básicos	127
15.3. El EDI	129
15.4. Diferencia con los contratos informáticos en sentido estricto	130
15.5. Reglas contractuales	131
15.5.1. Lugar de celebración y ausencia de contacto interpersonal directo	131
15.5.2. Deshumanización del contrato electrónico	132
15.5.3. Perfeccionamiento del contrato. Identificación de las partes: Presentes y ausentes. Vicisitudes contractuales. El “acuse de recibo”	133
§ 16. Clases de contratos electrónicos y diferencias con otras formas. El “principio de equivalencia funcional”	136
§ 17. La estandarización	137
§ 18. La fijación del contenido contractual, el documento y la firma digital. Más sobre la forma y la prueba en este campo	140
§ 19. Documento electrónico y firma electrónica. Mención de otros temas vinculados	143
§ 20. Registración y conservación de los mensajes	146
§ 21. Entidades certificadoras	147
§ 22. El <i>home banking</i> en particular	147
22.1. Conceptos de banca electrónica y “banca a distancia, en el hogar”, u <i>home banking</i>	150
22.2. Caracteres contractuales	154
22.3. Objeto	154
22.4. Oferta y aceptación. Manifestación de voluntad e imputabilidad de las declaraciones. Doctrina de la apariencia. Reglas habituales	155
22.5. Recepción por el banco de mensajes enviados por el cliente	159
22.6. Forma y formación del contrato	159
22.7. Prueba	159

22.8. Aplicación de las reglas generales de los contratos	160
22.8.1. Diferentes supuestos, modalidades y caracterizaciones	161
22.8.2. Atribución del riesgo derivado del medio utilizado	162
§ 23. Más sobre el lugar de celebración del contrato electrónico	163
23.1. El “lugar virtual”	163
23.2. El lugar real de celebración	164
§ 24. Admisibilidad y fuerza probatoria	165
§ 25. Términos y condiciones predispuestos. Cláusulas abusivas	165
§ 26. Obligaciones y responsabilidades: Aclaración previa	169
26.1. Deber de seguridad y confidencialidad de la información ..	170
26.2. Comisiones.....	170
26.3. Cláusulas que eximen de responsabilidad al banco.....	171
§ 27. Revocación y rescisión de operaciones.....	173
§ 28. La desmaterialización y los títulos globales en el ámbito bancario ..	174
§ 29. Delitos electrónicos	178
29.1. Características descriptivas.....	179
29.2. Legislación comparada y argentina	179
§ 30. Banca <i>off shore</i>	185
30.1. ¿Cómo se constituyen regularmente los bancos (se entiende que en nuestro país)?	186
30.2. ¿Qué es una “entidad <i>off shore</i> ”?.....	188
30.2.1. Sociedades <i>off shore</i> constituidas en países de baja tributación o en los llamados “paraísos fiscales”	189
30.2.2. Situación de los depositantes <i>off shore</i>	190
30.2.3. Protección de los inversores como consumidores....	191
30.2.4. Responsabilidad. Procedencia y extensión.....	191

CAPÍTULO 3

CONSUMIDORES Y RELACIÓN DE CONSUMO

§ 1. Introducción.....	195
1.1. Trabajo de campo	195
1.2. ¿Consumidor bancario o financiero?	196
1.3. Derecho comparado	199
1.3.1. Unión Europea	199
1.3.1.1. Libertad de elección de los Estados.....	201
1.3.1.2. Un derecho de los consumidores europeo	201
1.3.1.3. Actuación en los Estados miembros y vigilancia de la Comisión.....	201
1.3.1.4. (cont.) Alcances	202
1.3.1.5. Obligaciones de los Estados miembros	202
1.3.1.6. Concepto de consumidor.....	202
1.3.1.7. La contraparte del consumidor (el denominado proveedor en la LDC).....	203
1.3.1.8. Los servicios financieros a distancia	204

1.3.1.9. El comercio electrónico y la tutela de los consumidores	205
1.3.1.10. Directivas sobre contratos de crédito para el consumo	206
1.3.2. Italia	209
1.3.2.1. Normativa	209
1.3.2.2. Glosario.....	210
1.3.2.3. Acciones e intereses: colectivos y difusos.....	211
1.3.2.4. Aplicaciones.....	212
1.3.3. EE.UU.	215
1.3.3.1. Acciones privadas en general	215
1.3.3.2. Legitimación activa.....	216
1.3.3.3. Legitimación pasiva: ¿Quiénes pueden ser demandados?	216
1.3.3.4. Procedimiento y obstáculos para demandar	216
1.3.3.5. Recursos	217
1.3.3.6. Honorarios de los abogados	217
§ 2. Relación de consumo y contrato de consumo	218
2.1. Género y especie	218
2.2. Raíz contractual de la relación de consumo	220
2.3. Caracterizaciones y falta de preeminencia entre ordenamientos, salvo abierta colisión entre ellos, en cuyo caso prevalece la LDC si se juzga una relación de consumo.....	223
2.4. Operatividad de la Constitución Nacional	226
2.5. Aplicabilidad de la LDC a las actividades bancarias.....	226
2.6. Los clientes bancarios como consumidores	227
§ 3. Concepto de consumidor.....	230
3.1. Principio general de protección	230
3.2. Personas físicas o jurídicas	231
3.3. Actos a título gratuito u oneroso.....	233
3.4. Definiciones <i>objetivas</i> (la operación) y <i>subjetivas</i> (el consumidor).....	234
3.5. Expansión de la tutela. Los llamados <i>consumidores equiparados</i>	235
3.5.1. Opinión sobre el alcance del art. 1º, párr. final	240
3.5.2. Las personas ajenas a la relación de consumo: El “consumidor conexo” o “consumidor de consumidor”. Asimilación al portador de un título valor	243
3.5.3. Las personas expuestas a las relaciones de consumo: El “tercero consumidor” (bystander)	247
3.5.4. Inconstitucionalidad por falta de adecuación al art. 42, CN	250
3.5.5. Evaluación final sobre este tema	251
3.6. Educación de los consumidores.....	254
§ 4. Reglas que obligan al proveedor en la relación de consumo	258
4.1. Responsabilidad de las matrices	258

CAPÍTULO 4

**PROVEEDOR: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS,
APUNTANDO A LOS SERVICIOS BANCARIOS**

§ 1. Preliminar.....	265
§ 2. Conformación de la voluntad contractual de los proveedores.....	267
§ 3. Concepto de proveedor y sentido de los “servicios”	268
3.1. Precisiones de la norma.....	270
3.1.1. Montaje	271
3.1.2. Creación y responsabilidad del inventor	271
3.1.3. Construcción	272
3.1.4. Transformación	272
3.1.5. Licencia de marcas.....	273
3.2. Profesionalidad y habitualidad	274
3.2.1. Exclusión de los profesionales liberales. Inclusión de la publicidad	277
3.2.2. La oferta y su falta o insuficiente concreción (art. 7º) ..	278
3.2.3. Inversión de la oferta	279
§ 4. Información que debe suministrar el proveedor al consumidor.....	280
4.1. Deber de informar e información asimétrica. Opiniones doc- trinales: Cueto Rúa y Casiello	280
4.2. El derecho alemán y europeo disperso, según Reifner	284
4.3. (cont.). Consumidores informados: WYSIWYG, “What you see is what you get” (“Lo que Ud. ve es lo que obtiene”).....	285
4.3.1. Información por escrito: “prueba y advertencia”	286
4.3.2. Información de los costos del crédito: “completa y exhaustiva”	287
4.3.3. Consecuencias de la falta de satisfacción de requisitos .	290
4.4. Vinculación con el principio de transparencia. Derecho italiano	291
§ 5. Responsabilidad del proveedor.....	295
5.1. Vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio	295
5.2. Daño directo (art. 40 bis)	296
5.2.1. Inconstitucionalidad de la norma.....	300
5.3. Daño punitivo (art. 52 bis).....	301
5.3.1. Generalidades.....	302
5.3.2. Derecho comparado	302
5.3.3. Antecedentes nacionales	303
5.3.4. Caracterización de los daños punitivos	304
5.3.5. Naturaleza jurídica	306
5.3.6. El AED y los seguros por daños punitivos	307
5.3.7. Análisis de la norma	308
5.3.8. Conclusiones críticas	311
5.4. Deber de seguridad. Salideras bancarias	312
§ 6. Trato digno y equitativo (art. 8º bis). Consumidores extranjeros...	314

§ 7. Prácticas abusivas.....	315
7.1. Las condiciones generales de contratación (CGN), cláusulas predispuestas, abusivas y contratos por adhesión.....	316
7.2. Sistemas.....	319
7.2.1. Contrato por adhesión	320
7.3. Resumen.....	320
§ 8. Contenido del documento de venta (art. 10).....	322
§ 9. Operaciones financieras y de crédito (art. 36).....	323
§ 10. Modos de rescisión (art. 10 ter).....	325
§ 11. Registro de reclamos y atención personalizada (art. 27)	326
§ 12. Remisiones al cap. 6	326

CAPÍTULO 5

APLICACIONES Y CASOS. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

§ 1. Sentido y objetivos de este capítulo	327
§ 2. Condiciones generales de contratación. Cláusulas abusivas, pre- dispuestas, etcétera	328
2.1. España y directivas de la UE sobre relaciones entre consu- midores, empresarios y profesionales.....	329
2.2. (cont. contratación bancaria) Ley española de Condiciones Generales de Contratación. Crítica	331
2.3. (cont.) Superioridad funcional del predisponente. Tipo de in- terés variable y redondeos	332
§ 3. Derecho a la información	334
§ 4. La tutela de las “cuentas sueldo” (ley 26.590) coincide con la pro- tección de los consumidores	336
§ 5. Apertura fraudulenta e indebida de cuentas.....	337
5.1. Primer caso: “Rosemberg v. BNP”	337
5.2. Segundo caso: “Finger v. Banco Itaú”	343
§ 6. Cajas de seguridad.....	346
6.1. Obligaciones del banco	346
6.2. Obligaciones del cliente.....	346
6.3. Naturaleza jurídica. Contrato atípico.....	347
6.4. Consecuencias en materia de responsabilidad	348
6.4.1. Contrato atípico puro: el banco no responde	348
6.4.2. Contrato atípico complejo: el banco tampoco responde.	349
6.4.3. Obligaciones de medios y de resultado.....	351
6.4.4. Supuestos legales de responsabilidad absoluta	353
6.4.5. Opinión del autor	354
6.4.6. Jurisprudencia.....	355
a) Calificación del contrato y obligación del resultado. Alcance.....	355
b) Responsabilidad del banco	356
c) Prueba de los perjuicios (contenido de la caja).....	357

d) Moneda de pago de los perjuicios.....	358
e) Daño material y moral. Naturaleza y pautas.....	359
f) Costas	359
g) Fallo reciente que en general resume todo.....	359
§ 7. Cuentas de custodia	360
§ 8. Cuenta corriente bancaria	361
8.1. El caso “Aván”	361
8.1.1. Abusos en la cuenta corriente bancaria	362
8.1.2. Deber de información del banco. Tasa de interés y su composición	363
8.1.3. El cliente, parte débil, deposita su confianza en el banco	365
8.1.4. Conducta reprochable del banco: descubiertos con altas tasas en cuenta corriente.....	365
8.1.5. Clases de descubiertos en cuenta: contrato de apertura y adelanto transitorio. Diferencias.....	366
8.1.6. Conducta forzada del cliente e ilícita y abusiva del banco al generar cargos por comisiones y gastos que devengan intereses y capitalizaciones que se renuevan	367
8.1.7. Comisiones y gastos.....	368
8.1.8. Discrepancia del Dr. Viale.....	369
8.1.9. Adhesión de la Dra. Piaggi según su voto.....	369
8.2. (cont. cuenta corriente bancaria) Revisiones del caso “Aván”	370
8.2.1. Caso “Amuyén”	371
8.2.2. Caso “Bor”	372
8.2.3. Caso “Carteras Italianas”	381
8.2.4. Caso “OSPESGyPE v. BAPRO”	383
§ 9. Errónea inclusión en centrales de riesgo crediticio	385
9.1. “Ibáñez v. HSBC”	385
9.2. “Soruco v. BBVA Banco Francés”	386
§ 10. Competencia territorial	387
10.1. La correcta solución y la jurisprudencia discordante	388
10.2. Implicaciones en el tema.....	393
10.3. Disidencia del Dr. Miguel F. Bargalló	394
10.4. La opinión de Gamen.....	397
10.5. Pronunciamientos de otras salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial	398
10.6. Conclusión.....	401
§ 11. Banca electrónica.....	404
11.1. Cajeros automáticos.....	404
11.1.1. Caso “Global Packaging Solutions SA”. Diligencia	404
11.1.2. Caso “Zappettini”. El banco y el tercero teleprocesador.....	405
11.1.3. Caso “Traglia”. Tarjeta olvidada	409

11.1.4. Caso “Bieniauskas”. Ardid para la sustracción y duplicación de tarjeta. El sistema informático como cosa riesgosa	414
11.1.5. Caso “Serra”. Obligación de seguridad.....	419
11.1.6. Caso “Ciarfaglia”. Pago de tarjeta y prueba a cargo del banco	423
11.2. Caso “Bunker v. IBM”. Correo electrónico y su valor probatorio.....	424
§ 12. Disposiciones del BCRA	426
12.1. Com. A 4429 (25/10/2005). Runor 1-756	426
12.2. Com. A 4985 (2/10/2009). Conau 1-900. Régimen de transparencia	427
§ 13. Código de Prácticas Bancarias.....	428

CAPÍTULO 6

ASPECTOS PROCESALES

§ 1. Introducción.....	435
§ 2. Glosario. Nociones elementales previas: acción individual y colectiva, pretensión y demanda	436
§ 3. Normas constitucionales. Generalidades sobre las acciones colectivas e individuales de consumo. Los intereses individuales homogéneos	436
3.1. Legitimación activa e intereses “difusos”. Doctrina y jurisprudencia	438
3.2. (cont.) Problemática de las asociaciones de consumidores.....	439
3.3. Cuestiones y dudas conceptuales.....	445
3.3.1. Derechos de incidencia colectiva. Problemas de nomenclatura	446
3.3.2. Intereses y derechos individuales homogéneos. Caracterizaciones	447
§ 4. Caso “Halabi” (Corte Sup., 24/2/2009). Explicación del precedente: lo fáctico, la pretensión del actor y el resultado	448
4.1. ¿Qué sostuvo, pretendió y obtuvo el actor Halabi?	448
4.2. ¿Qué sostuvo el Estado?	450
4.3. Principales cuestiones y pautas tratadas	450
4.4. Aspectos clave a tener en cuenta.....	452
§ 5. Después del caso “Halabi”. Dudas y acción de clase	453
§ 6. Acción colectiva y de clase o <i>class action</i>	454
6.1. Reaundos de admisibilidad formal	454
6.2. Normativa legal a promulgarse por el Congreso	455
6.3. En cuanto al procedimiento	455
6.4. Conceptos vagos	456

§ 7. La acción de clase en los EE.UU. Origen inglés, evolución y estado actual. Análisis de casos	456
7.1. Fases y requisitos de procedencia	458
7.2. La certificación, sus recaudos y su trámite	459
7.3. Representación por abogados y legos	460
7.4. Síntesis.....	461
7.5. Responsabilidad y estimación de daños (<i>separation</i>)	462
7.6. Acción de clase y arbitraje en asuntos financieros.....	462
7.7. Estado actual de la jurisprudencia en los EE.UU.....	465
7.7.1. Variedad de supuestos y cantidad de partes	465
a) Caso de derecho laboral: reclamo de horas extra	465
b) Trabajadores independientes o empleados en relación de dependencia.....	466
c) Falta de baja en la facturación de un servicio	466
7.7.2. La legitimación activa o pasiva puede abarcar a varios sujetos.....	466
a) Acción contra cinco personas jurídicas.....	466
b) Incumplimiento contractual: defectos de calidad en viviendas y de 5 a 460 actores al certificarse la clase	467
c) Falsa publicidad: 150.000 accionantes involucrados.....	467
d) Incumplimiento contractual. Acción de clase compuesta por varios organismos estatales.....	467
e) Incumplimiento contractual. Falta de entrega que involucra 368.000 negocios	468
7.7.3. No hay montos mínimos —ni máximos— estrictos porque no hay reglas fijas al respecto	468
7.7.4. Casos bancarios o financieros (abarcan algunos de los rubros anteriores).....	468
a) Fraude con títulos de crédito y esquema “Ponzi”	468
b) Fraude financiero.....	469
c) Error del banco sobre depósitos	469
d) Tarjeta de crédito. Intereses y arbitraje.....	470
e) Financiamiento bancario	470
f) Seguro por riesgo hipotecario	471
§ 8. La <i>nuova class action</i> italiana.....	471
8.1. El problema de la legitimación activa	471
8.2. Acción de clase y acción colectiva. Confrontación.....	472
8.3. Compatibilidad con los principios procesales italianos y diferencias con la acción de clase estadounidense.....	473
8.4. Interés tutelado.....	473
8.5. Legitimación pasiva.....	473
8.6. <i>Causa petendi</i> de la acción de clase	474
§ 9. La acción de clase en la Argentina	474
9.1. Necesidad de una ley.....	474
9.2. Homogeneidad fáctica	475

9.2.1. Reseña ejemplificativa de un caso.....	475
9.2.2. Comentario doctrinal	476
9.2.3. Dictamen de la Fiscalía de Cámara.....	476
9.2.4. Sentencia de la Excma. Cámara.....	476
9.2.5. Comentario.....	479
9.3. Bases de la acción colectiva y <i>class action</i> en nuestro país.....	481
9.3.1. Actuación en representación y con mandato (art. 53, LCD).....	481
9.3.2. El procedimiento en las acciones colectivas (art. 54, LDC).....	483
9.3.3. Requisitos según la Corte en “Halabi”	485
i) Requisitos generales.....	485
ii) Requisitos particulares.....	486
iii) Un reciente pronunciamiento judicial acertado	486
9.3.4. Consideraciones sobre el <i>quantum</i> del reclamo y las personas. Los “daños masivos” (<i>mass torts</i>)	488
9.3.5. Objetivos principales de las acciones examinadas.....	493
§ 10. Autoridad de aplicación de la LDC	494
§ 11. Carga de la prueba y cargas probatorias dinámicas	496
11.1. Concepto de carga —y caducidad— en general.....	496
11.2. La carga de la prueba	497
11.3. Las <i>cargas dinámicas</i>	498
§ 12. Insolvencia de consumidores	499
12.1. Doctrina nacional.....	500
12.2. Derecho comparado	502
12.3. Quiebra del consumidor. El derecho a la rehabilitación.....	503
12.4. Asesoramiento sobre deudas	505
Bibliografía general	507
Índice alfabético y analítico de materias	519
Apéndice jurisprudencial.....	533
Apéndice legislativo.....	679