

Publicidad

La información en la actividad bancaria. Consecuencias de la falta de información y de la información defectuosa

Por María Cristina WALKER*

Resumen

La información es un principio esencial de la contratación bancaria porque permite lograr conocimiento pleno de las obligaciones y responsabilidades que cada parte asume en la relación. Las reglas de protección a los consumidores bancarios, pretenden suministrar información suficiente a estos para que logren decidir sus operaciones sin ser sorprendidos por conductas abusivas por parte de las entidades financieras,

cuya regla primordial de su oficio es la lealtad en los informes y consejos que requieren sus clientes. Tal deber de información es *genérico* en todos los encargos de administración de intereses ajenos, y *estricto* en materia bancaria. El incumplimiento del "deber de información" con los clientes, genera responsabilidad para los bancos, cuando sea imputable a éstos.

* Prof. Derecho Comercial y Derecho Bancario (FCJS | UNL), Secretaria Académica (FCJS | UNL).

Bancos: funciones. Tutelas

El ahorro y el crédito merecen especial tutela por parte del Estado por encontrarse involucrada la comunidad toda. Los bancos utilizan en su operatoria, fundamentalmente recursos de terceros y no capital propio. Tales recursos los toma en forma de depósitos y otras obligaciones y los transfiere a la comunidad en forma de préstamo o realizando inversiones. Estos recursos son los más importantes con los que cuenta una entidad financiera, de allí el interés público comprometido en esta contratación.

Los bancos realizan una actividad de intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros, tal actividad puede reputarse como de fuerte interés público.

El interés público comprometido, justifica la intervención del Estado en la actividad bancaria. Ese intervencionismo puede ser de carácter general: con la finalidad de preservar el interés común, o bien intervencionismo acotado a la banca como sería el caso de limitación de la garantía de los depósitos o leyes que obliguen a las entidades financieras locales de capital extranjero o sucursales de entidades financieras extranjeras, a informar al público los casos en que sus supuestas Casas matrices responderán por las operaciones bancarias realizadas en la República Argentina (ley 25.738⁽¹⁾).

Los bancos son empresas comerciales de carácter profesional sujetos a estrictas reglas técnicas para cumplir con los principios generales de eficiencia, protección del ahorro público y transparencia en los mercados.

El conjunto de normas jurídicas aplicable a esta actividad está integrado por el estatuto profesional de las Entidades financieras que regulan, entre otras cuestiones, la identificación del banquero; la admisión al mercado o autorización para funcionar como banco, como así también la exclusión del mercado; identificación de instituciones en situación de potencial liquidación o quiebra; control sobre liquidez y solvencia de las entidades de modo que podemos señalar normas de intervención de carácter general o de tutela indirecta y normas de intervención de carácter especial o de tutela directa (según términos de Barbier⁽²⁾).

Las normas de tutela indirecta tienen por finalidad equilibrar los mecanismos que regulan los mercados bancarios. Tales mecanismos deberán preservar: relaciones de libre competencia y comportamientos adecuados en la competencia; controles de estabilidad de las entidades y controles estrictos respecto a la transparencia.

En este sentido la ley de entidades Financiera 21.526, el sistema de Superintendencia de Entidades Financieras y cambiarias, la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina establece disposiciones tendientes a lograr los objetivos señalados para la preservación de la "salud" del sistema financiero en su integridad. Es decir que el intervencionismo del Estado se pone en funcionamiento respecto del mercado financiero y cambiario a través de específicas facultades de superintendencia que establece, un régimen informativo y contable, publicación de balances mensuales, estado de deudores y toda otra información que conlleve a analizar el sistema financiero. Como puede observarse las normas de tutela indirecta de la actividad financiera, no se traducen en una ingerencia concreta en el plano negocial entre los bancos y sus clientes.

⁽¹⁾ Sancionada el 8-5-2003 promulgada el 2-6-2003. Volveremos al tema pero adviértase que la normativa es posterior a la Catástrofe financiera del año 2001.

⁽²⁾ Barbier, Eduardo Antonio (2002): *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*. Ed. Astrea B.A. 2002 p. 41 y siguientes. En igual sentido en la obra *Contratación bancaria 2. Empresas*, Astrea B. A. p. 477.

Pero paralelamente a los mecanismos de tutela indirecta que el Estado realiza respecto del sistema financiero en su integridad, encontramos reglas de tutela directa que tienen como objetivo equilibrar intereses entre banqueros y clientes, debido a que en el derecho bancario es necesaria la protección del público sean depositantes o inversores. La eficiencia del mercado exige la protección a los usuarios de servicios financieros. El cumplimiento de la función económica que corresponde al mercado en gran medida depende de la seguridad que el propio mercado ofrezca al público ahorrador y en cumplimiento de tal finalidad, aparecen las normas de “transparencia” que forma parte del estatuto profesional de las entidades financieras. Son normas de carácter administrativos con aplicación preferente a las normas de protección de los consumidores⁽³⁾.

Hay dos notas caracterizantes del obrar de los bancos que se constituyen en presupuestos de su responsabilidad, y ellas son: a) la confianza, y b) la profesionalidad.

a) Confianza: Los contratos celebrados para hacer efectiva la actividad propia de las entidades financieras, presentan caracteres generales el de ser negocios jurídicos en los que debe primar la “buena fe”, pero no sólo entendida en los términos que expresamente señala el art. 1198 del Código Civil, “*los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”, sino que se exige una “buena fe superlativa” o “ubérrima *bona fide*”. Esta especial buena fe que cualifica a los contratos bancarios debe ser recíproca, esto es, deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse con ubérrima buena fe de parte del cliente y de parte del banco.

La “ubérrima buena fe” de los bancos hacia sus clientes, se traduce tanto en el deber de confidencialidad entendido como la obligación profesional de guardar secreto, cuanto en el deber de información traducido como deber de lealtad de los informes y asesoramiento que el banquero proporciona a sus clientes.

No olvidemos que los contratos bancarios son además, “personales”⁽⁴⁾. En efecto aunque la actividad bancaria se caracterice por tener un fuerte interés público, la contratación individual reviste carácter “personal”. Los bancos son cautelosos en seleccionar su clientela y en tal sentido, efectúan pormenorizados análisis previos sobre identificación del futuro cliente, solvencia material y moral, capacidad de repago, garantías ofrecidas, situación en el sistema financiero, consultas a base de datos de inhabilitados, entre otras cuestiones. Por tal motivo los caracterizamos en el sentido expresado y no “*intuitio personae*”, porque si bien es cierto que el banco toma en consideración cualidades personales y patrimoniales de los posibles clientes, no podríamos concluir en que los contratos bancarios participen de esta característica toda vez que el “*intuitus*” en sentido estricto no es elemento determinante del contrato⁽⁵⁾. En conclusión, el banco solicita declaraciones estrictas y confidenciales previas a decidir la contratación ofertada por el cliente.

Lógico es que así sea, toda vez que los bancos, cuentan entre sus operaciones más importantes con la posibilidad de abrir cuentas corrientes bancarias la cual permite la utilización de cheques (también llamado) dinero bancario”, que constituyen títulos de

⁽³⁾ Zunzunegui Fernando (1997): *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid.

⁽⁴⁾ Walker, María Cristina (2001): *Contratos Bancarios 1*. Centro de Publicaciones de la UNL, Santa Fe, p. 24.

⁽⁵⁾ Como sería por ejemplo el caso de contratos personalísimos, o una locación de obra. Ver en este sentido Simonetto Ernesto: *Los contratos de Crédito*.

amplia difusión en los mercados, generando confianza que un banco conoce al librador, obteniendo de este modo, seguridad.

De igual modo que el banquero toma recaudos previos a la contratación, el cliente confía en su banco solicitando informes, consejos, asesoramiento para inversiones para, luego finalmente entregar sus ahorros (sumas de dinero o títulos) los que son transferidos en propiedad al banco; secuencia operativa que requerirá indefectiblemente de lealtad profesional por parte del banco en las sugerencias, consejos, administraciones o cumplimiento de mandatos que los clientes le encomienden.

En la mayoría de los casos los clientes quedan en “manos” del banco, lo cual no hace más que aumentar la responsabilidad en la que incurrir.

Si al contrato se llega a través del consentimiento, y para que el consentimiento sea válido se requiere que sea expresado con discernimiento, intención y libertad, para lograrlo, es preciso contar con plena información como condición de existencia de un consentimiento expresado con libertad. Por consiguiente el error, el dolo la violencia, como vicios que afectan el consentimiento tornan inválido el contrato. Estos principios tan fuertemente sostenidos en los Códigos decimonónicos, sufren en la actualidad profundas modificaciones debido al desigual nivel de información con que cuentan los contratantes, de manera que se pueda seguir sosteniendo que el consentimiento fue expresado con total discernimiento y libertad.

La información completa y veraz como condición de validez del consentimiento expresado con discernimiento, hoy en día está muy cuestionado. Ello es así porque los bancos, como queda expresado, son empresas altamente calificadas en orden a su rol profesional dentro del mercado; los clientes no se encuentran en la misma posición, el desequilibrio es evidente; y esto es así, independientemente que el cliente sea persona física o persona jurídica empresaria; usuarios individuales o empresas recurren a los bancos buscando asesoramiento para sus inversiones con lo cual es menester contar con información suficiente no sólo respecto a las condiciones del contrato que específicamente se pretende realizar, sino también a condiciones del sistema bancario, fluctuaciones de los mercados nacionales o internacionales y demás pautas que sean solicitadas por los clientes para realizar inversiones o negocios confiados a la banca.

La actividad financiera requiere “transparencia”, entendiéndose por tal (conforme lo expresa Carlos G. Villegas), la obligación recíproca de las partes de brindar toda la *información necesaria* para que el consentimiento sea expresado con discernimiento y libertad.

Transparencia como sinónimo de información es la regla de los mercados financieros del todo el mundo.

Para que el cliente bancario, frente a la complejidad y sofisticación que la globalización impuso en el mundo financiero, pueda elegir productos y servicios diversos, es menester que cuente con información suficiente como uno de los medios de equiparación del nivel de minusvalía en que se encuentra respecto del operador financiero, el usuario recurre a un Banco el cual, se supone, debe conocer los productos y servicios que ofrece, las condiciones macro y macroeconómicas, las fluctuaciones de los mercados nacionales e internacionales y demás información con la que cuentan, por el carácter profesional de su oficio.

Cierto es que la globalización económica deja su impronta muy fuertemente en la actividad financiera y ella resulta de dos procesos: el de internacionalización y el de transnacionalización, lo cual genera una interdependencia económica a nivel mundial. A este fenómeno se le suma la constitución de grupos societarios que vinculados entre

sí aparecen como jurídicamente independientes. Esta nueva realidad genera dificultades de toda naturaleza a la hora de obtener una reparación por parte de las casas matrices bancarias respecto de sus sucursales locales.

b) Profesionalidad: como quedó expresado el sistema financiero, en su vertiente subjetiva, está integrado por empresas que profesionalmente se dedican a intermediar entre la oferta y demanda de recursos financieros. Tales recursos son captados del ahorro público, de la comunidad, de modo que para poder funcionar como banco, y debido al interés común comprometido en el objeto de la actividad de estos empresarios, será menester contar con autorización previa para funcionar, conforme lo establecen las leyes.

Por ser empresas profesionales, los contratos que los bancos concertaran con sus clientes son, generalmente, por adhesión a condiciones generales, y cuyo clausulado preestablecido por el banquero, es una invitación a ofertar bajo las condiciones predispuestas.

La mayoría de los contratos se encuentran estandarizados en formularios preestablecidos por cada entidad los que a su vez, se adecuan a las condiciones generales de la contratación bancaria ordenadas por Circulares del Banco Central.

Otra de las consecuencias de atribuir carácter profesional a la actividad de los bancos, resultan los especiales deberes de secreto y confidencialidad ya analizados.

La Ley de Defensa del consumidor (Nº 24240) y la actividad bancaria

Las entidades financieras en cuanto empresas profesionales dedicadas a la prestación de servicios financieros a consumidores finales (sean personas físicas o jurídicas) quedan comprendidas en esta ley, quedando excluidos los servicios no destinados a consumidores finales. Es decir todo crédito de consumo y créditos derivados de operaciones con tarjetas de crédito, quedan comprendidos en las normas tuitivas de la ley de Defensa del consumidor, sean sus titulares personas físicas o jurídicas.

De la ley surgen obligaciones primarias tales como la de conducirse de “buena fe” como obligación fundamental del empresario que contrata con un consumidor, entendiendo por buena fe el deber de comportarse con lealtad desde la etapa previa a la conclusión del contrato y cuyo incumplimiento habilitará al consumidor a solicitar la nulidad del mismo.

También surge como obligación esencial por parte de los empresarios de informar de manera veraz y detallada, suficiente y eficaz sobre las características esenciales de los servicios a suministrar. Llevada la obligación al campo de la actividad de los bancos, ello implica el deber de brindar a los clientes información sobre las operaciones que realizan, el alcance de las prestaciones a cargo de la entidad y del cliente, los costos de los servicios, gastos de administración y cuyo incumplimiento permitirá al cliente demandar la nulidad del contrato y/o el resarcimiento de daños cuando correspondiere.

La última obligación señalada se vincula directamente con el principio de transparencia y se concreta a través de la publicidad que las leyes obligan a efectuar a las entidades financieras respecto a modalidades, condiciones, exoneración o limitación de responsabilidad de los servicios que ofrecen al público. Publicidad que deberá constar en los formularios, transparentes de los bancos, folletería, prospectos, circulares u otros medios de difusión según los casos y se tendrán incluidos en los contratos con los clientes. Estos principios

han sido expresamente incluidos en la Ley 25.065 sobre tarjetas de crédito. Todo ello trae como consecuencia la posibilidad de invalidar cláusulas abusivas o que desnaturalicen las obligaciones de las partes o limiten la responsabilidad del banco por daños; que importen renunciaciones de derechos del cliente o por el contrario ampliación de derechos del banco; cláusulas que impongan inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, entre otras.

La publicidad y su relación con la actividad bancaria

Generalmente el cliente bancario es captado mediante publicidad y en este sentido la estrategia que podríamos denominar “común” utilizada por las entidades financieras es remarcar las condiciones de solidez, seguridad, confiabilidad del banco, su relación con casas matrices sólidas y seguras, la agilidad, facilidad y comodidad con las cuales las entidades prestan sus servicios, la certeza de retirar los fondos depositados en la moneda de origen⁽⁶⁾. Entre sus slogan más frecuentes, ello resulta decididamente atrapante para el cliente debido que todo el sistema financiero está basado en la confianza que los bancos generan en los usuarios.

No se desconoce que la actividad bancaria, como toda actividad empresarial comercial tiene riesgos, por esto la publicidad de productos y servicios es un aspecto harto importante y constituye una herramienta fundamental para potenciar la operatoria. La falta de coincidencia entre lo publicitado y las obligaciones asumidas por el banco, traerá aparejada su responsabilidad tanto contractual como extracontractual.

“A partir de los procesos de extranjerización de la banca operado en nuestro país en la última década del siglo XX, se remarca en forma sistemática en las publicidades de entidades bancarias que cuentan con casas matrices en el exterior la seguridad y solvencia de éstas en sus mercados de origen y la garantía que le brindan a las actividades de sus filiales”⁽⁷⁾.

El consumidor captado por avisos publicitarios confía en lo que le muestra la publicidad y si ella fue la que indujo a la contratación, la entidad bancaria deberá conservar una coherencia con lo publicitado de otro modo la confianza del consumidor se vería burlada. El banco está obligado a cumplir con aquello que publicitó. De todo ello se deduce que, la publicidad forma parte de la actividad bancaria donde el riesgo es obviamente connatural a la actividad empresarial. La ley de Defensa del consumidor se asienta en la noción de riesgo para la imputación de responsabilidad. En tal sentido entendemos que las casas matrices de los bancos extranjeros son dueños de la marca bancaria utilizada para captar clientela y son responsables en forma directa por ser quienes manufacturan el servicio que provoca el daño.

Legislativamente se ha avanzado en nuestro país pues hoy rige la ley 25.738 de junio de 2003, que establece que las entidades financieras locales de capital extranjero y las sucursales de entidades financieras extranjeras autorizadas por el Banco Central de la Republica Argentina, deberán poner en conocimiento del público en general, los supuestos en los que sus casas matrices o grupo accionario mayoritario de capital extranjero responden por las operaciones bancarias realizadas en Argentina y el alcance de dicha garantía. En caso de

⁽⁶⁾ Ver artículo de Lovece, Graciela (2003): “Responsabilidad por publicidad y marca bancaria” en *Obligaciones en pesos y en dólares*. Varios autores. Rubinzal, Santa Fe, p. 325.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

no proceder dicha responsabilidad, las entidades mencionadas deberán obligatoriamente dejar establecido que sus operaciones bancarias no cuentan con respaldo alguno de sus casas matrices o grupos accionarios mayoritarios de capital extranjero. Las empresas que resulten comprendidas cumplirán con la obligación que el mismo establece mediante avisos publicitarios que deberán ubicar en cada uno de sus locales, en lugares de lectura accesible e incorporar en sus páginas Web y en toda publicidad que realicen por cualquier medio de comunicación o que entreguen en sus locales con el objeto de promover sus servicios. (Art. 1 y 2 de ley 25738).

Podrá observarse que esta ley es posterior a la debacle financiera vivida en la República Argentina a partir de diciembre del 2001.

Respecto de la mencionada catástrofe financiera cabría preguntarnos que responsabilidad le cabe al Estado Nacional, que pocos meses antes sancionaba una ley de “Intangibilidad de los depósitos bancarios” bajo el N° 25.466. Esta ley no podía garantizar nada que no estuviera ya garantizado por otras leyes vigentes tales como la ley 23.758 de noviembre de 1989 que garantizó los depósitos en moneda extranjera de los particulares. La ley 25.466 era inútil. Esta ley solo logró generar una apariencia de bonanza financiera del país, que no era tal; sirvió para terminar de convencer a los pequeños ahorristas que depositaran el dinero en los bancos creando una falsa sensación de seguridad, y miles de argentinos creyeron, tuvieron confianza en la buena fe de la ley del mensaje que las autoridades políticas y bancarias y depositaron sus dineros, si es que ya no lo habían hecho antes. Las consecuencia, la lamentable historia por todos conocida; el “corralito”, el corralón, las marañas de decretos del gobierno relativos a emergencia económica y los depósitos bancarios.

¿Podrían los bancos argumentar ignorancia de la situación?⁽⁸⁾ Pensamos que no; que los bancos debían haber sabido que en el Banco central no había dólares para respaldar los depósitos existentes en el sistema y sin embargo aceptaban depósitos en dólares de pequeños ahorristas mientras grandes sumas de dinero eran transferidas “a tiempo al exterior”.

¿Por qué ningún banco local informó a sus clientes respecto de la real situación financiera por la que atravesaban las reservas del país? ¿Donde estaban las autoridades del Banco Central –máximo organismo de control de la función de seguridad económica del país–, para prevenir los daños que se les causo a los clientes de los bancos? Y ni que decir de los bancos extranjeros que colocaron bonos argentinos entre pequeños ahorristas italianos, españoles y de otras nacionalidades, en su mayoría jubilados que no estaban en condiciones de evaluar los riesgos financieros de operaciones complejas y confiaron en su banco que los asesora para invertir mejor sus fondos? También aducían ignorancia respecto a la capacidad de pago con la que contaba nuestro país en esa época? La frustración de la confianza produce una lesión a una situación jurídicamente protegida que destruye la obligación tacita de indemnidad, por lo que en total coincidencia con doctrina nacional⁽⁹⁾ consideramos que frente a la falta de publicidad, o publicidad ilícita o engañosa, existe responsabilidad solidaria e ilimitada del Estado nacional, sus funcionarios, las entidades financieras y matrices bancarias tal como lo establece el art. 40 de la ley de Defensa del consumidor.

⁽⁸⁾ Ver artículo publicado en el Periódico Económico Tributario de fecha 27-9-06 “A propósito de la saga sobre la debacle financiera argentina mas reciente” por Juan J. Guaresti.

⁽⁹⁾ L.L. Setiembre de 2002, Teplitzchi, Eduardo.

Y entendemos que esto es así toda vez que el Estado también incurre en publicidad engañosa sancionando leyes inoperantes.

Este trabajo tiene el propósito de alertar a los particulares sobre los verdaderos alcances de la publicidad de los diversos productos y servicios que ofrecen las entidades bancarias, a fin de dimensionar riesgos, responsabilidades, prestaciones y costos que se asumen, a fin de que no vuelvan a repetirse penosas experiencias del pasado, con origen en la desinformación o en la información engañosa.