

CONTRATOS BANCARIOS

PROLOGO

En el curso de los años tengo recopilados varios pensamientos de autores célebres, que releo más de una vez.

Uno de ellos, mencionado como “Respuestas al subprefecto Zhang Wang Wei” (famoso poeta chino del siglo VIII), dice en uno de sus versos: Conversando conmigo no hago ya grandes planes (traducción al español publicada en La Prensa del 4 de diciembre de 1983). Ese fue el sustrato de mi acontecer cuando pensaba escribir sobre contratos bancarios luego de una experiencia, podía decirse, múltiple, con la banca nacional, primero como cliente, luego como funcionario en el BCRA y, finalmente, como amante del Derecho Bancario. Por lo expresado, este libro ha sido para mí más un divertimento que una obra ciclópea y duradera. Lo venía pensando desde hace algunos años, con motivo de mis colaboraciones en la materia a la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones; más tarde a la Revista de Derecho Bancario, intervenciones en congresos y jornadas de esa actividad y algunas charlas.

En el fondo -reitero- no han habido grandes planes; he preferido el sosiego que da el tiempo y la madurez reflexiva que, un poco duramente y otro poco a regañadientes, debe absorber lo cambiante y vertiginoso de nuestro mundo actual, explicitado quizá con mayor rigor en torno a bancos y compañías parabancarias.

He procurado tratar los diversos temas con criterio concreto; no creo en el “cientificismo” del Derecho Bancario y me inclino, mejor, hacia un renovado pragmatismo de su enfoque. Postulo su continua influencia por la política (en todos los órdenes, económico, monetario, fiscal y cambiario), significada por aquello que dijera Orson Welles en un filme, que en política debía actuarse como novio, nunca como esposo.

Los diversos bancos centrales del mundo occidental y de Japón configuran un buen ejemplo de lo dicho, incluso en estos tiempos en los que se advierte un cierto triunfalismo bancocentralista (Volker), más allá de los avatares que nos plantean las quiebras bancarias, como a la vuelta de la esquina.

Mi mujer me instó a que efectivizara esta tarea, con el second thought propio de lo femenino. La recuerdo con cariño.

Finalmente -pero no menos-, quiero agradecer al continuo y cálido apoyo que me brindara la gente de la biblioteca de BCRA (antes y ahora).

CAPÍTULO I CONCEPCION DEL DERECHO BANCARIO

1. Concepto

Previo al tratamiento del tema central de esta obra pareciera necesario y conveniente referirse a la concepción del mundo -utilizando una expresión en boga- que se tuviera

respecto del Derecho Bancario.

Disciplina más o menos reciente, sin perjuicio de la conexión cada vez más íntima que existe entre el abogado bancario y la sociedad industrial -como los llama Ruello- el Derecho Bancario va definiéndose no sin dificultades, en parte a manera de un desprendimiento, en parte por las diferentes concepciones en torno a lo que es banco (como denominador omnicomprendivo del negocio financiero) y yendo no a la zaga, debido a la interacción de lo público y lo privado que suscita no pocas controversias.

Ello sin perjuicio de que algunos autores, como REIVES LANGE y CONTAMINE RAYNAUD acentúan la primacía de un Derecho Económico, a modo de síntesis en la que convergen las distintas vertientes del Derecho y la Economía.

2. Carácter

Dice GARRIGUES que el Derecho Bancario se presenta en un doble aspecto: normas que afectan a la institución bancaria y normas que afectan a la actividad misma que el banco desarrolla. Al primer aspecto, regido predominantemente por normas de derecho público administrativo, corresponde el estudio del concepto jurídico de banco y el ejercicio de la profesión de banquero. El segundo aspecto, regido en su mayor parte por normas de derecho privado, se refiere a las operaciones bancarias traducidas en contratos entre el banco y sus clientes.

TONDO pone el acento definitorio del derecho bancario en la empresa bancaria, con sus operaciones bancarias; mientras que por su lado los autores franceses - como los antes citados en nota- apuntan más al carácter profesional de este derecho, cuya unidad se extrae a la circunstancia que concierne a un determinado medio social centrado alrededor de una técnica o de una actividad comercial (MARTY y RAYNAUD, citados en el libro de RIVES LANGE et al).

3. Panorama anglosajón

La concepción bancaria anglosajona es de difícil captación para nuestra mentalidad.

PAGET se refiere en su Capítulo I a “Bancos, banqueros y el negocio bancario”, es decir que adopta una cierta postura positivista no receptada por lo que se denomina derecho continental (por oposición al derecho anglosajón).

Esta mención no es precisamente singular por cuanto el citado autor, al comienzo de su obra, señala que los términos banco, banquero y negocio bancario que aparecen mencionados en numerosas leyes no han sido definidos apropiadamente. Sin embargo, utiliza como pivote interpretativo un fallo del juez Lord DENNING, en el caso “United Dominions Trust” (1966) en el que la actividad de banking es definida por las notas de (i) existencia de cuentas corrientes; (ii) el pago de cheques librados contra bancos y (iii) el pago de los cheques a los clientes.

Más adelante agrega que lo que es un banco y un banquero constituye, en buena medida, decisión del Banco de Inglaterra; con lo que se estaría señalando implícitamente lo sutil que es esa división de lo público y lo privado en materia bancaria. Además entra a jugar aquí la fundamental función del Banco Central que es ser prestamista de última instancia (PUI), como lo expresa HUMPHREY en reciente comentario: Los estudiosos de la historia de la banca concuerdan en que durante el último tercio del siglo XIX, el Banco de Inglaterra era

el prestamista de última instancia por excelencia, más que ningún otro banco central antes o después se adhirió a la estricta versión clásica del concepto de PUI, que es la de THORNTON y BAGEHOT.

Independientemente de lo anterior, pareciera interesante consignar que más allá de ese secular positivismo anglosajón se advierten conceptos integrativos de la conducta de un banco, por ejemplo, cuando el autor (PAGET) señala en página 4 “que el negocio debe ser llevado a cabo con integridad y prudencia y con esa experiencia profesional que es consistente con la categoría y rango de las actividades de la institución”, con lo que se intenta dar un vívido enfoque del negocio bancario, de su importancia y, a la vez, de sus exigencias.

El cumplimiento de esos requisitos le permitirá al banco acceder a los beneficios protectorios que emanan de la Bills of Exchange Act (1882), la Cheques Act (1957) y la Bankers Book Evidence Act (1979), con lo que se pone de manifiesto la construcción de una doctrina legal en el curso de casi un siglo, que le acordara la fama universal de que goza.

Si no hubiera disposiciones expresas en la materia se aplica el derecho común.

3.1. Para completar el panorama anglosajón haremos una breve referencia a la legislación de los EE.UU. de América, que también es muy compleja y particular, respondiendo en cierto modo a valoraciones de la historia financiera de ese país.

WHITE, en una obra muy completa encara la cuestión en sucesivos capítulos que, luego de una historia e introducción del sistema bancario estadounidense, considera la regulación de la actividad bancaria tradicional; luego la actividad bancaria no tradicional (holding de compañías bancarias); la constitución de un banco; los servicios de un trust de bancos; los problemas de la legislación antitrust, para pasar luego a estudiar los títulos de crédito bancarios (commercial papers) y en los dos últimos capítulos las cuestiones relativas a los bancos en dificultades y el contralor de la Federal Deposit Insurance Corporation, finalizando con un enfoque de la actividad bancaria internacional.

A modo de introducción de lo que considera actividad bancaria tradicional, el autor se refiere a las limitaciones en materia de préstamos, la legislación que tiene atinencia con la tasa de interés, lo relativo a la reserva exigida, el análisis de las diversas garantías, las limitaciones en cuanto a los activos inmovilizados, otras limitaciones referidas a las compañías de ahorro y préstamos y aquellas referidas al pago de intereses a certificados de depósito.

Otro aspecto singular de la legislación bancaria estadounidense es la interacción entre las leyes federales y estatales, que hace que la normativa, en su fuente, pueda variar, según prevalezca una u otra.

Como una suerte de gran guía de todo este panorama legal, WHITE señala la consecución de dos fines principales: (i) la protección de la solvencia de la institución bancaria y, por ende, la protección de la inversión de los depositantes; (ii) inducir al banco a emplear sus activos de acuerdo con la idea legal del interés público.

4. Aspectos técnicos

Tradicionalmente se ha considerado al derecho bancario como una parte del derecho comercial (o mercantil). En general la doctrina autorizada se encuentra conteste en señalar

para aquella rama jurídica una autonomía más didáctica que otra cosa, señalando que la materia mercantil ha dado origen a numerosas especialidades tales como el derecho cambiario, societario, concursal, bursátil, de seguros, etcétera.

Quizá más importante que lo anterior sea dado resaltar que el derecho bancario expresa una concepción original en la medida de sus aspectos técnicos -de alta relevancia- que ha llevado a considerárselo como un mecanismo jurídico (RIPERT) por su simplicidad, su rapidez y la urgencia de contar con debida seguridad en las relaciones. A modo de contrapeso de lo anterior suelen tropezarse con dificultades para hallar la intención de las partes contratantes, plexo en el que no podría pasarse por alto la evolución permanente de la técnica bancaria influenciada por las invenciones o descubrimientos de carácter internacional.

En líneas generales, el derecho bancario se mueve dentro de una concepción regida por un “orden público económico”, evidenciando una cierta “desjuridización” del derecho, en el sentido en que la regla jurídica deviene imprecisa, con disposiciones habitualmente de corta duración: el Estado modifica las reglas de manera casi constante. En sentido análogo se pronuncia TONDO al sostener que la legislación bancaria es fragmentaria e incompleta. COLAGROSSO, en su obra eminentemente didáctica agrega a lo ya expresado, que la materia del derecho bancario se expresa realizando operaciones de masa -u homogéneas- llevadas a cabo de manera sistemática, en la que se trasunta una confluencia del derecho privado con el derecho público.

Quede así, a manera de síntesis, que salvo esfuerzos esporádicos tendientes a propiciar una autonomía que el derecho bancario no tiene (FOLCO), la doctrina mayoritaria ha marchado por los carriles de una interacción “público –privada” receptando los grandes moldes del derecho común pero reconstruyéndolos -en cierta medida-, para que puedan albergar las nuevas necesidades de la evolución tecnológica enmarcada en una gran variedad de situaciones que requieren, a la vez, no poca imaginación y una buena dosis de prudencia. Las notas fundamentales que hacen a lo bancario - seguridad, rapidez, flexibilidad, variabilidad, aspectos de la práctica, etc.- estarían requiriendo una revisión, a la vez que una adaptación, a las exigencias de esta operatoria tan rica en posibilidades como carente de una estructura lógico-jurídica ya definida, a la fecha.

5. Método

Siguiendo el consejo de VIVANTE - en el sentido de la necesidad de un conocimiento profundo de la estructura técnica y de la función económica del instituto que se estudie, previo a su elaboración jurídica -, nos alerta GARRIGUES al respecto con su profundo conocimiento del negocio bancario.

Esta orientación metodológica fue estudiada por nosotros, si bien desde una perspectiva más general, al considerar un panorama de conflictos y coincidencias entre Derecho y Economía.

Circunscribiendo el tema al derecho bancario, observamos esa interacción disciplinaria en varios aspectos:

a) Liquidez y solvencia: que hacen a la funcionalidad del banco: señalando un autor (LABANCA), respecto de la primera, que la disciplina de la liquidez es insuficiente en nuestra ley 21.526 como consecuencia de haberse privado al organismo de vigilancia del sector, de potestades normativas;

- b) Regulación y desregulación: existe en el Derecho Bancario, podríamos decir, moderno, una tendencia a destrabar la operatoria de ese cúmulo de reglamentaciones que, en cierto modo la complican hasta poder llegar a asfixiarla. Hay una inclinación notoria hacia la intensificación de la competencia (conurrencia) en todos sus órdenes.
- c) Intermediación y desintermediación: con independencia de los diferentes sentidos interpretativos que pueden adjudicarse a la primera, algún autor como CAPRARA dice que no puede calificarse como simple intermediación a una empresa que, como el banco, transforma perspectivas de utilidad empresaria, es decir capacidad de ganancias sólo estimadas, en otorgamiento de crédito que se transforma en medios de pago con emisión de moneda bancaria o sea débitos a la vista;
- d) Los seguros de cambio, en los cuales prevalece una orientación económica, generalmente de carácter coyuntural, respondiendo a consideraciones mayormente de raigambre política, más que técnica.
- e) Por último, pero no menos, el impacto de la tecnología en lo que podría llamarse el banco hipermoderno. La fase cartular de la operatoria bancaria pareciera encontrarse superada, con lo cual esa “geometría” del derecho cambiario -tan impactante-, debería adecuarse a las nuevas circunstancias de la informática.

6. Operaciones bancarias y empresa bancaria

La cuestión ha dividido bastante a los especialistas, perteneciendo al recuerdo doctrinario la polémica en Italia entre MESSINEO, por una parte, propiciando como prioritaria una concepción objetiva y MINERVINI, por la otra, oponiéndose con un prius subjetivista (el banco).

El lenguaje utilizado por los juristas quizás no haya sido todo lo preciso que sería deseable, por cuanto existe cierta mixtura conceptual entre lo jurídico y lo económico, como ya se ha dicho.

Así, por ejemplo, TONDO nos advierte que la expresión “operaciones bancarias” es a menudo utilizada de manera impropia como sinónimo de “negocios jurídicos o contratos bancarios”, lo que no es así. En la primera hay una evidente connotación económica, es decir la realización de actos cumplidos por los bancos para la consecución de su fin; mientras que en la segunda, el asunto debería de considerarse sub specie iuris o sea como negocios jurídicos dirigidos a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas bancarias.

Lo concreto es que en la materia rondan las nociones de empresa, profesionalidad, organización e intermediación, para dar contenido a las operaciones bancarias. Esto - agreguemos- es por lo menos la concepción jurídica tradicional del banco (para llamarla de alguna manera), que requeriría cierta adecuación hacia el banco moderno.

La noción de empresa (no expuesta significativamente en nuestro derecho positivo), involucra las nociones de organización y de profesionalidad esta última particularmente cara a algún derecho bancario como es el francés. Pero se necesitarían algunas precisiones al respecto.

Por ejemplo WILLIAMS - que sigue muy de cerca las enseñanzas de SOTGIA (1944) en sus Appunti per un corso di diritto bancario - señala dos enfoques desde el punto de vista jurídico: (i) el banquero es el comerciante que, profesionalmente, intermedia en el cambio del crédito; (ii) se trata de una intermediación industrial del crédito.

Esta última expresión es asimismo mencionada por GARRIGUES que, en la especie, intenta superar la cierta tautología que se vislumbra entre lo “objetivo” y lo “subjetivo” en las operaciones bancarias, diciendo que no sería definitoria la posibilidad que tiene el banco de pactar contratos que también se celebran entre quienes no son banqueros, sino que el banco hace de la repetición de estas operaciones una suerte de industria especial; llegando a la conclusión de que no hay más operación bancaria que aquella en que interviene un banco, tesis que suscribimos.

Con referencia a nuestro derecho positivo, cierta doctrina (WILLIAMS) procura una correlación, que es de dificultosa exégesis, entre los conceptos de nuestras leyes de entidades financieras (la anterior ley 18.061 y la vigente cuando esto se escribe, ley 21.526) que habla de la intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros como práctica de las entidades reguladas y aquel otro concepto, históricamente muy anterior, del Código de Comercio, cuando considera a las operaciones de banco como actos objetivos de comercio(art 8º, inc. 3º).

Nos parece un tanto frustrado este intento de correlación dado que los “tiempos” de ambas normativas (financiera y comercial) responden a una mentalidad diferente que no es conveniente asimilar, por más que fueran reconocidas como expresiones de nuestro derecho positivo.

Se ha hablado también de una actividad de producción y de transformación económica del banco, como creador de crédito, por cuanto mediante la llamada moneda bancaria se habrían de multiplicar los medios puestos a su disposición. Pero en realidad tal actividad no constituye otra cosa que la potenciación de sus funciones características de interposición en el crédito, agrega este autor.

7. Fuentes normativas e interpretativas

La cuestión debe considerarse en función de nuestro derecho positivo, resultando por tanto extrañas, en principio, las consideraciones que puedan hacerse en derecho comparado. Si bien podría compartirse la opinión (GARRIGUES) de que una falta de legislación sobre los contratos bancarios - como ocurre mayormente en nuestro medio- determina que las relaciones entre el banco y el cliente se modelen a voluntad de las partes, según los usos de plaza y mediante los contratos-formulario típicos de estas operaciones, no podría marginarse la necesidad y conveniencia de la protección del cliente, como finalidad extensiva de la autoridad de contralor. Ello no significa que dichas operaciones no se encuentran regidas por el derecho comercial, - como inclusive así lo entiende una normativa bancaria de corte dirigista, como es la francesa - sino que la comunidad toda está interesada en que la denominada parte débil de la contratación (cliente) no se encuentre de alguna manera como sumergida ante cláusulas predispuestas que si llegan a ser arbitrarias, caen dentro de lo que se conoce como “cláusulas vejatorias”.

La cuestión, que es delicada, ha sido estudiada recientemente en nuestro país por NIETO BLANC, haciéndolo en un extenso temario que involucra aspectos varios, partiendo de su naturaleza y transitando los aspectos justificativos del poder contractual de los bancos, el eventual abuso de las cláusulas y el control judicial respectivo.

La existencia de ese modo de contratación - nos dice este autor - compromete evidentemente la llamada libertad contractual que, ensamblada con el principio de la autonomía de la voluntad, constituye la esencia del contrato clásico tradicional. Esa

libertad, previa a la contratación, por diversas circunstancias de hecho o de derecho es, hoy, prácticamente inexistente, por lo que uno de los contratantes se verá sujeto a la alternativa dura y sin posibilidades de modificación, de “tómelo o déjelo”.

Doctrinariamente, esta modalidad de cláusulas negociales generales exhibe las siguientes ventajas: (i) uniformidad de las relaciones contractuales de la empresa; (ii) mejora del régimen normativo, al posibilitar la realización de un estudio a fondo del negocio objeto del contrato; (iii) simplificación en la interpretación judicial, dado que las cláusulas de determinado negocio son todas de igual tenor; (iv) eliminación de las tratativas precontractuales; (v) instauración de una situación igualitaria de quienes contratan con la empresa; (vi) se posibilita reducir los costos de la empresa, eliminándose los riesgos del contrato individual.

Los inconvenientes que presentan pueden sintetizarse en los términos siguientes: (i) la adhesión de una de las partes contratantes estaría evidenciando un cierto vaciamiento del contenido de éste, teniendo en cuenta, como se ha dicho, la imposibilidad de una discusión previa de las cláusulas a pactarse; (ii) el predisponente cuenta, en la generalidad de los casos, con un poder que puede ser abrumador, respecto del cocontratante, lo que no pareciera equitativo para la comunidad; (iii) en la práctica, esa modalidad de clausulaje suele ser confusa o ambigua, calificada gráficamente como de “letra pequeña” a los efectos de la lectura de la contratación; (iv) tampoco es cierta la pretendida igualdad entre todos los clientes de la empresa predisponente; (v) por lo demás, no se desprende “prima facie” ninguna ventaja en materia de precios.

El autor citado realiza una exposición un tanto densa del tema, pretendiendo abarcar la totalidad de las opiniones sostenidas -generalmente encontrada- que lo analizan.

En nuestra opinión, el asunto gira principalmente sobre el distinto poder socio-económico de las partes, que configuran una realidad notoria, aunque alguna vez fuera criticada esta tesis.

Algunas conclusiones mencionadas por el citado autor pueden ser compartidas; otras no. Las expondremos brevemente:

1) Los contratos estándar con cláusulas negociales generales predispuestas, constituyen una realidad irreversible en la práctica empresarial mundial, incluida la bancaria, descartándose su eliminación por la vía legislativa inderogable. Bien. Podría agregarse que tal vez en la empresa bancaria, como en ninguna otra, el factor “organización” deviene fundamental; por lo que ese clausulaje “hace” decisivamente a lo organizativo. Ponderese, asimismo, las notas de precisión y celeridad en la operatoria bancaria, para complementar el panorama respectivo.

2) Las condiciones negociales generales no constituyen derecho objetivo, dado que la parte predisponente carece de facultades de creación normativa delegada.

3) Las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad que el derecho común atribuye a la parte predisponente por el incumplimiento de las obligaciones que les atañen, con traslado a la otra parte, configuran casos de abuso del derecho.

4) Casi con carácter obvio se menciona que lo medular de la problemática jurídica, en la cuestión, reside en encontrar los medios necesarios para contrarrestar esos abusos, a fin de que prevalezcan soluciones de justicia y equidad.

5) En cuanto a las innovaciones legislativas que se han adoptado para evitar esos abusos, el autor que citamos establece un paralelismo entre el control por órganos administrativos y el control jurisdiccional; criticando al primero por entender que favorece soluciones de corte dirigista, lo que no ocurriría en el control por los jueces. Dejando de lado a este último cuya

vigencia no se discute, pero que en la experiencia de nuestro país, en el ámbito de la operatoria bancaria, ha exhibido serias lagunas, no compartimos la conclusión apriorística de NIETO BLANC en cuanto a la tendencia dirigista que emanaría de los órganos administrativos de control. En el sentido que estamos exponiendo podría recordarse la afirmación de DELL'AMORE cuando afirmara que las entidades financieras se constituyen en sistema particularmente debido a la obra de larga duración del Banco Central, que fija su impronta económica o financiera. Naturalmente que todo depende de cómo funcione la entidad rectora del sistema financiero, tema que excede, largamente, el que estamos considerando.

6) En otra conclusión, el autor citado señala la conveniencia de complementar el contralor judicial mediante un sistema normativo dictado por el legislador que contemple los supuestos abusivos más notorios que la práctica negocial ofrece, aligerando la tarea hermenéutica del recurso a la analogía o a la interpretación extensiva, fundado ello en algún concepto-válvula como el de “razonabilidad” o “equilibrio contractual”.

A nuestro entender, la conclusión transcripta debería insertarse dentro de una interpretación más general de la normativa, por cuanto esos conceptos podrían tenerse como de una vigencia constante y permanente, excediendo, por tanto, el ámbito de las condiciones generales negociales. En otras palabras, que lo razonable o lo equilibrado integra, básicamente, el contenido de la solución justa.

7) En su última conclusión el autor citado se ubica en el “justo medio” -con referencia a la actividad bancaria-, señalando que la misma debe alejarse del extremo de una absoluta libertad contractual, así como de su opuesto, que prohíbe las condiciones negociales generales predisuestas a través de leyes imperativas.

7.1 Síntesis. Sintetizando nuestro punto de vista, la recorrida sobre las condiciones generales predisuestas, en la práctica bancaria, muestra su indispensabilidad; en otras palabras, esa suerte de consubstanciación con la empresa bancaria (y parabancaria), probablemente acentuada con el devenir de los “nuevos productos” financieros.

El posible o eventual abuso en el clausulaje, por la empresa, integra el predominio de éste, como parte fuerte de la operatoria, cuyos límites son variables en función del negocio bancario que se concierta. Por ello, ese “justo medio” al que aspira NIETO BLANC es más cómodo, como criterio orientador, que verosímil; dependerá del “caso”, influido por un sinnúmero de antecedentes de tiempo, lugar y forma, que hace muy cuestionable cualquier generalización al respecto.

Nadie discutiría que se apelare a los conceptos-válvula aludidos que, por lo demás, integran el plexo interpretativo habitual de la normativa jurídica. Pero en ellos hay una buena dosis de subjetivismo, independientemente del factor ideológico que oriente al juzgador, si la cuestión debiera de ser resuelta en ese terreno. Los ejemplos de Francia y de los EE.UU. de América son altamente significativos al respecto.

La contrapartida de esa “parte fuerte” del negocio se ubica, también necesariamente en la protección del depositante, ahorrista o inversor. En este aspecto no apreciamos la contradicción que señala NIETO BLANC respecto del cliente-ahorrista versus el cliente-productor: se trataría, más que nada, de la heterogeneidad de las operaciones bancarias contraponiéndose a una cierta homogeneidad de la entidad “banco” o compañía financiera. Hay dos aspectos que considerar: uno es el de la cultura (financiera) del cliente de banco; el segundo es el de la dimensión entre las partes.

Respecto de la cultura (en general), apelamos a la definición que nos da ELIOT: una forma

de vida.

Esta forma, en nuestro tema, debe vincularse “a nivel de bancarización” y conforme a lo que dice FERRARI en su comentario, la penetración de los bancos en el concierto de la población adulta, con referencia a países con economías desarrolladas, va desde un 90% en Francia, Alemania, EE.UU de América, Holanda y Canadá, para descender a menos del 50%, por ejemplo, en Italia y España.

Resulta, como conclusión primaria, que el conocimiento de las condiciones generales predisuestas deberá apreciarse, consiguientemente, acorde con ese nivel.

Este análisis comparativo, en el orden mundial, debe ser traducido convenientemente, a nivel regional o de plaza: no sería posible valorar las condiciones generales, de manera uniforme o indistinta en las diversas plazas: el entorno cultural financiero podría llegar a ser decisivo, para una correcta interpretación del problema.

El segundo aspecto es, quizá, más preciso y determinante que el anterior.

Hay una dimensión de la “parte fuerte” del negocio que exige determinadas condiciones para operar, sin las cuales aquél no sería posible o devendría muy costoso. La exoneración de responsabilidad debe, entonces, medirse con cuidado por cuanto por un lado puede hacer fracasar el negocio y, por el otro, producir un daño irreparable a la contraparte “débil” (cliente). Ingresamos, por tanto, en el terreno de la transparencia bancaria, cuestión que no aparece expresamente en el comentario de NIETO BLANC.

Un caso puntual al respecto fue el resuelto por el Bundesgerichtshof (de Alemania Occidental), en el año 1989. En ese país existía una ley especial de reglamentación de las condiciones generales del contrato, estableciendo: 1) que son ineficaces las cláusulas si en violación al principio general de buena fe, se favorece en forma desproporcionada la contraparte del contratante; 2) en la duda, se considera que existe una ventaja desproporcionada si una cláusula no es conciliable con la idea fundamental de la regla legal que se intenta derogar y limita derechos u obligaciones, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo tal de comprometer la finalidad del propio contrato.

La violación de la norma ha consistido en la inobservancia del deber de transparencia, el que ha sido definido de la siguiente manera: la posición jurídica del contratante a cuyo respecto encuentran aplicación las condiciones indicadas no puede ser regulada en una forma no clara por las cláusulas de las condiciones y el contratante debe hallarse en condiciones de comprender cuál es su alcance jurídico. Es decisiva, por tanto, la comprensión de las condiciones generales, por el cliente.

7.2. Transformaciones. Desde otro ángulo, las transformaciones del sector financiero que se han producido a intenso ritmo en estos últimos veinte años son nuevos instrumentos y nuevos operadores que actúan en el mercado, han ampliado en forma notable no sólo la dimensión de este sector, sino también la variedad de las formas de captación y de empleo, con la consiguiente necesidad de acrecentar las bases de información al servicio de la clientela.

Como se aprecia, la óptica de las condiciones generales predisuestas estaría modificándose a mérito del propio interés del banco en operar con su cliente, en cierto modo instado aquél por la influencia de la competencia económica.

Agrega PRATIS que la clientela ha mostrado una manifiesta tendencia a requerir, con mayor frecuencia y más incisivamente, información respecto de las operaciones que va a emprender.

Por otra parte, la aplicación de las tecnologías electrónicas y telemáticas otorga a los

intermediarios financieros una mayor posibilidad de captación y, por ende, de transmitir a la clientela las informaciones, no sólo con mayor eficiencia y en término, sino también a costos más limitados.

El más alto nivel de eficiencia y productividad, que permitiría a los bancos vencer la desconfianza que se originare, podrá ser conseguido solamente asegurándose una siempre mayor confianza por parte de la clientela mediante una más incisiva transparencia en las relaciones con ésta.

7.3 Carta orgánica del BCRA. WILLIAMS sostiene que las operaciones bancarias están regidas en nuestro país por la ley 21.526-primero- y por la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (ley 20.539 y sus modificatorias) –después -. En realidad, es a la inversa, por cuanto legalmente debe darse prioridad a esta última dado que, en función de haberse creado el ente reactor del sistema financiero en el año 1935, sucesivamente en años posteriores (1946-1957-1969-1974-1977 y 1982) se dictaron las leyes respectivas de bancos o entidades financieras.

El autor que estamos siguiendo en este punto expresa que en segundo lugar deben también considerarse como fuente normativa de dichas operaciones los estatutos de los bancos privados y las cartas orgánicas de los bancos nacionales, provinciales y municipales, en cuanto ellos no sólo determinan el objeto y finalidades de la entidad, sino que también contienen todas aquellas reglas que deben ser observadas en la organización, gestión y desenvolvimiento de su actividad, la forma en que deben ser cumplidas las operaciones particulares y determinan la responsabilidad del banco o del tercero que contrata con éste. La división que se efectúa entre los estatutos de las entidades de derecho público y aquellas otras de derecho privado es de compartirse, pero aclarando en nuestro medio que el control administrativo del BCRA respecto de los estatutos de las entidades financieras privadas se limita a lo financiero, no a lo societario (regido por los respectivos organismos de control de las sociedades anónimas y sociedades cooperativas), como se desprende del artículo 6º de la ley 21.526.

Continuando con el análisis de la cuestión nos dice WILLIAMS que constituyen fuente de las operaciones financieras o bancarias las circulares dictadas por el BCRA; citando como antecedente normativo en el caso al artículo 4º de la Ley de Entidades Financieras, en el que se hace alusión al dictado de las normas reglamentarias que fueren menester, por esa institución. Precisamente en este texto surge que su antecedente reside en la Carta Orgánica del BCRA, cuyo artículo 14, sobre facultades del directorio, dice en su inciso o) lo siguiente: “Dictar las normas reglamentarias de la Ley de Entidades Financieras”.

En este orden de ideas, la ex Asesoría Legal del BCRA opinó en varios dictámenes que las circulares son “derecho sustantivo en cuanto su contenido sea normativo, es decir contengan normas jurídicas de cumplimiento general para los administrados”.

Dentro de esta orientación se ha pronunciado también la C.S.N. en un fallo del 7.XI.69 (L.L., 137 - 316) resolviendo que: “Aunque en principio la reglamentación de las leyes corresponde al Presidente de la Nación, el Congreso puede asignar a un órgano descentralizado, como es el Banco Central, la atribución de dictar normas específicas a las que debe ajustarse la actividad bancaria si median exigencias provenientes de las funciones del Estado y no siendo el caso de aquellas indelegables en razón de su naturaleza insita”. Como la materia presenta zona grises -a nuestro entender- y con relación a nuestro derecho positivo, convendría aclarar lo siguiente: WILLIAMS parece definir una distinción respecto de las circulares del BCRA expresando que “debe descartarse la posibilidad de considerar

usos bancarios a las disposiciones que se inserten en las circulares, que las haría obligatorias para el cliente conforme al artículo 219 del Código de Comercio”. Agregando a continuación que las circulares del BCRA deben considerarse como criterios para la interpretación de los contratos (art. 218, inc. 4º, Cod. Com.). En efecto, el banco contratante tiene el deber de cumplir con las disposiciones emanadas de aquellas, de manera que, aunque no se haga una mención en el contrato individualmente celebrado, la conducta del banco que se ajusta a la circular no observada por el cliente, en forma expresa, permite inferir que se ha celebrado el negocio en un todo de acuerdo con la respectiva circular.

“Sin embargo, las disposiciones emanadas de dichas circulares pueden constituir condiciones generales de los contratos en particular, en atención a la necesaria uniformidad que exigen a los bancos, en sus relaciones con los clientes; pero entonces entraran dentro del régimen de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civ.), expresada en cada caso por medio del consentimiento. El texto de las circulares debe ir insertado en la documentación probatoria o constitutiva del contrato o, cuando menos, debe hacerse en ella una clara referencia a que la convención quedará sometida al régimen de la circular, que se debe reputar conocida debido a su publicidad”.

No estamos de acuerdo, en principio, con lo anterior, por varias razones: 1º) No podría asimilarse lo que, habitualmente (como hemos visto) se conoce como “condiciones generales” de los bancos, en la contratación con el cliente, comparativamente con las circulares del BCRA. En éstas hay una relación directa como se ha dicho, entre el ente rector y los administrados, es decir, con las entidades financieras que integran el sistema; relación que, como lo puntualizara nuestra jurisprudencia, es de derecho administrativo y, por ende, de otra naturaleza que la relación cliente-banco. Ello no significaría desconocer la conveniencia de la protección del cliente del banco, tal como lo hemos apuntado.

2o) Si bien en una ponencia presentada a la Primera Reunión de Asesores Jurídicos de Bancos Centrales y Superintendencia de Bancos de América Latina (abril de 1989), hemos sostenido que la acción del BCRA, en última instancia, era de servicio a la comunidad toda, entendemos que las circulares emanadas de dicho Organismo no tienen la naturaleza de las “condiciones generales negociales” de la contratación bancaria las que, en nuestro concepto, no han sido sancionadas en nuestra plaza.

8. Clasificación

La clasificación de las operaciones bancarias puede hacerse desde diversas perspectivas; pero la más difundida es aquella que toma como punto de referencia a la operación bancaria por esencia, que es la de “crédito”.

Así se consideran operaciones “activas” aquellas en las que el banco concede crédito al cliente; operaciones “pasivas” cuando es el cliente el concedente de crédito al banco y operaciones “neutras” aquellas que no implican concesión de crédito por ninguno de los contratantes.

TONDO, por su lado, expresa que son pasivas aquellas operaciones dirigidas a la provisión de capital, siendo activas las dirigidas al empleo sucesivo del mismo; agregando -de acuerdo a su tesis en la materia-, que el fundamento de la distinción no es económico sino jurídico, pudiendo haber operaciones jurídicamente pasivas, pero económicamente activas (depósitos de dinero, con los que los bancos obtienen una utilidad superior al costo del

servicio); siendo válida, también, la inversa (operaciones jurídicamente activas, pero que son pasivas desde el ángulo económico: mutuos a tasa de favor).

No todas las opiniones han sido coincidentes en la cuestión. Así, por ejemplo, GARRIGUES alude a las observaciones formuladas por HAMEL y GRECO; el primero de ellos, tachando como carente de equilibrio a la clasificación dado que, mientras los procedimientos por los cuales el banquero se procura fondos quedan vinculados a las diversas formas del depósito bancario, el banquero pone a disposición de sus clientes fondos, mediante innumerables modalidades determinadas por la práctica. En cuanto al segundo –GRECO–, objeta que los contratos bilaterales son, simultáneamente, activos y pasivos, según se contemplen desde la posición de uno u otro contratante.

Las observaciones que GARRIGUES expone respecto de estas críticas son de compartir: “Los autores citados -dice-, parecen confundir la concesión de crédito con la posición de deudor o acreedor dentro del contrato bancario de que se trata. Así en la apertura de crédito (activa), es el banco el concedente de crédito y, sin embargo, al propio tiempo es el deudor”.

Con independencia de que, en el fondo, todas las clasificaciones pueden ser discutibles - atento a los diferentes puntos de partida que se adopten-, esta clasificación, diríamos, tradicional, resulta atendible si consideramos la concepción del banco también tradicional. Diferentemente, en el banco moderno, la informática y, en general, la revolución tecnológica plantea nuevos problemas que no siempre, pueden ser jurídicamente encuadrados dentro de esos límites clasificatorios. Han hecho su aparición nuevos instrumentos financieros, no contemplados dentro de la clasificación ortodoxa, que además de su objetivo de balancear el riesgo operatorio, pueden realizarse a un ritmo poco común, acentuando cada vez más la relevancia de lo que, otrora, era accesorio.

En los últimos años también correspondería señalar la eclosión de la “ingeniería financiera” receptada no sólo a través del accionar de los bancos llamados de negocios, sino puntualmente expresada en textos legales, tales como el de la ley bancaria francesa de 1984 cuyo artículo 5º, inciso 5º expresa que: “Entre las operaciones conexas se encuentra el consejo y la asistencia en materia de gestión financiera, la ingeniería financiera y, en general, todos los servicios destinados a facilitar la creación y el desarrollo de las empresas...”

VASSEUR ha efectuado un análisis de la cuestión en un comentario publicado en Banque. Se dice que el banco ha devenido principalmente “banco financiero”, debiendo considerarse a la ingeniería financiera como una nueva modalidad de la desintermediación. Ha ocurrido una operación de “montaje” -según expresión gráfica del comentarista-, viéndose al banquero como el “jefe de montaje”.

Esta nueva modalidad ha despertado particular interés en el banco; la opinión vertida de un importante banquero pone de relieve el plus de ganancia que significa dirigir esa operatoria productora de comisiones atractivas, bastante más allá de los intereses que pudieran ganarse mediante el préstamo cotidiano y, por lo demás, hors bilan.

Se trata de una obligación de medio, no de resultado: agregándose como observación de interés aquella referida al delicado equilibrio que el banco debe asumir, cuando transita desde la información, hasta la recomendación, a su cliente.

9. Contrato bancario

Adherimos a la definición de GARRIGUES que lo refiere como todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria. Lo que se da es crédito, materia típica y genuina del contrato bancario.

En cuanto a lo que significa dar crédito, constituye la renuncia de un bien del cual se dispone para atribuirlo a otra, contra restitución intra certum tempus del equivalente. Este último concepto se encuentra explicitado por las diversas teorías referentes a los contratos de crédito.

En líneas generales -por cuanto la conceptualización no es muy precisa-, las diversas variantes teóricas llegan a valorizar tanto el elemento de transferencia de la propiedad de una cosa, como aquel otro de la concesión del goce de la cosa. En esta orientación de pensamiento debería mencionarse a SIMONETO expresando que el contrato de crédito se caracteriza por un “diferimiento en el tiempo” por parte del acreedor lo que se concreta en una obligación de “no exigir”, distinta del derecho del acreedor a la restitución de la cosa y en relación de correspondencia con la obligación del deudor al pago de intereses.

Pueden considerarse a los bancos como mediadores en el crédito, actuando de un doble modo, en el crédito directo y en el crédito indirecto.

En el primer caso aproxima a las partes contratantes, mientras que en el segundo lo realiza por medio de una operación doble consistente en tomar dinero a crédito para darlo, después, a crédito. GARRIGUES afirma que esta última modalidad significa la culminación histórica en la actividad de los bancos.

10. Caracteres comunes de los contratos bancarios

STOUFFLET, refiriéndose a las particularidades de los contratos bancarios, señala que en la práctica ha ocurrido un cierto distanciamiento entre la realidad de la vida contractual y lo que se desprende del código (la normativa codificada). “Ha ocurrido a modo de un estallido del derecho de los contratos en función de la jurisprudencia y de las intervenciones del legislador por medio del dictado de leyes especiales”.

El fenómeno se ha visto reforzado por la creciente complejidad de los mecanismos económicos y, en general, puede afirmarse que para caracterizar un contrato es insuficiente referirse a los elementos constitutivos del Código Civil, siendo indispensable determinar su substancia concreta que depende del fin perseguido por las partes -económico, en un contrato de negocio- y de la calidad de los contratantes.

La originalidad contractual se hace más evidente en el “riesgo” lo que supone asimismo un cierto grado de confianza en el cocontratante. Otro presupuesto que colorea definitivamente estos contratos reside en la calidad de banquero de una de las partes, el que es mencionado por la doctrina como teniendo una posición oligopólica -reconocida por la ley- asumiendo al mismo tiempo obligaciones y deberes particulares.

“Pero es un comerciante y no una suerte de oficial público”, agrega STOUFFLET, incurso en una especial categoría profesional tipificada en forma varia según el derecho positivo de cada país.

Otros caracteres que se atribuyen a estos contratos son los que dan lugar a una actividad de masa, siendo contratos de duración, aunque ello no empece a que puedan ser instantáneos. Tanto reales, cuanto personales, los contratos bancarios pueden significar la prestación de

una sola de las partes, como incorporando prestaciones recíprocas.

11. Otros aspectos de la contratación bancaria

Pareciera obvio que lo más interesante es cómo se concreta el contrato; pero ello trae a colación el importante punto referido al margen de autonomía que tienen las partes en la concertación.

Aquí lo que expresa el autor a quien estamos siguiendo en el punto tiene una validez sólo relativa, en cuanto hace referencia a disposiciones del derecho positivo francés, que no se adecuan a nuestro derecho, por caso, el de la obligatoriedad del banco a la apertura de una cuenta corriente, a determinado cliente.

Cabría, sí, consignar que a las exigencias determinadas por la técnica jurídica se agregan otras de origen económico o financiero teniendo en cuenta que los bancos se hallan coligados, en sus operaciones, al mercado de la moneda y de los capitales. Además, estos factores pueden variar -más o menos natural o forzadamente-, en función de las decisiones de cierta política económica o monetaria.

Dice DE CROISSET en un comentario titulado “Si les banques venaient a disparaître, quelles seraient les raisons de les réinventer” -entre otras cosas- que la moneda es un recurso bruto que hay que valorizar como cualquier recurso bruto; se trata de un recurso de síntesis. El uranio o el petróleo valdrían muy poco sin la industria de la energía. En la economía contemporánea las empresas financieras tienen por función valorizar la moneda como recurso bruto; proceso que pone en evidencia tres funciones diferentes: a) la seguridad; b) la gestión de las transacciones cuyo crecimiento en volumen parece ser como dos veces más rápido que el de la economía; c) la financiación de la economía.

Se trata de observaciones prácticas que revelan un agudo análisis, en una materia en que las opiniones se encuentran divididas.

Por ejemplo MOLLE se manifiesta contrario a considerar los contratos bancarios como “de adhesión”, con fundamento en el viejo in idem placitum consensus. En sentido opuesto, STOUFFLET llega a concluir que las condiciones de los contratos bancarios se encuentran, a menudo, predeterminadas: no solamente se imponen al cliente -por adhesión-, sino también, en cierta medida, al propio banquero. Termina diciendo que sería, sin embargo, exagerado sostener que no hubiera lugar a la discusión o negociación en estos contratos “pero no es concebible que la naturaleza misma de las obligaciones de las partes pudiera ser objeto de discusión”.

Finalmente en nuestro medio, con un criterio más general de la materia, correspondería mencionar a MORELLO cuando habla “de la necesidad de un nuevo equilibrio contractual porque se enfrentan dos centros de intereses contrapuestos que muestran de un lado, a un profesional y, del otro, a un profano; o, bien, relaciones entre dos profesionales entre los cuales se opera la ligazón de cierta dependencia económica y técnica”.

Por nuestra parte -y ponderando cierto grado de veracidad en cada una de las posiciones enunciadas-, agregaremos lo siguiente:

1) respecto de lo afirmado por MOLLE (acorde con una postura, diríamos, tradicional en él), que la conducta de protección del cliente de banco, ya normada en algunos países por la autoridad banco centralista, no configura una invención sino la puesta en práctica de algo que se hacía necesario, en cierta medida; 2) en cuanto a la mención del autor nacional citado, en nuestra materia sería necesario valorizar el entorno cultural del cliente, como

dijimos supra en 6.1., en la plaza donde opera. En economías de países desarrollados -como por ejemplo Alemania, Francia o los EE.UU. de América, entre otros- a sofisticación del cliente aparece como notoria, traduciéndose en una creciente influencia de lo “parabancario”, en abierta competencia con la actividad de los bancos.

En cierto modo acompañada con el fenómeno de la desregulación en materia bancaria, la doctrina autorizada indica que con el término “parabancario” se menciona a ese conjunto de operaciones que los bancos no desarrollan directamente, sino a través de sociedades controladas: agregándose que en esta actividad entrarían el leasing, el factoring, los fondos comunes de inversión y la actividad de sociedades fiduciarias.

PORZIO, estudiando el problema en su relación con la actividad bancaria, dice que hay que repensarlo en función de 1) mayor nivel cuantitativo de los servicios bancarios; 2) influencia de aquellos países (relacionado el tema con la C.E.E.) que proporcionan una definición amplia de actividad. En el sentir de este autor se llega doctrinariamente a una posición, en cierto modo, extrema, cuando dice que no resulta útil el concepto de actividad bancaria, para definir el parabancario, sino que es cierto lo opuesto, pudiendo tentarse de construir un concepto de actividad parabancaria que, por diferencia, indique cuál es la actividad bancaria.

La conclusión -transitoria- que podemos sacar (por lo menos desde una visualización de nuestra economía, bastante alejada de la “desarrollada”, aún) es que el banco tradicional está evolucionando, en cierto modo, fuertemente, hacia otras modalidades que no se insertarían estrictamente dentro de la actividad bancaria tipificada por las operaciones activas y las pasivas, sino que procurando liberarse de las “ataduras” de la regulación bancaria, están poniendo en evidencia nuevas perspectivas en la relación “empresa (cliente) banco”, presionado todo ello por el impacto de la tecnología.

11.1. Buena fe. Otro aspecto interesante de la contratación bancaria es el referido a la buena fe recíproca que debe existir entre los contratantes.

Naturalmente que todos los contratos están regidos por el principio de la buena fe, se encuentren o no normados en el derecho positivo respectivo; pero es indudable, como lo señala GARRIGUES, que conforme a los usos “el contrato bancario sea, en mayor medida que ningún otro, un contrato de buena fe, basado en la recíproca confianza”. Agregaríamos que la confianza hace al correcto funcionamiento del sistema financiero del país, constituyéndose en la piedra angular sobre la que se fundamentan los institutos de este derecho bancario y cuya pérdida ha implicado tantos desvelos a la autoridad de contralor, en búsqueda de su restauración.

La traducción de esa buena fe se explícita en diversos aspectos y con finalidades varias. Puede comenzar en esa exigencia de acompañamiento de firmas de personas del conocimiento del banco para que éste proceda a abrir una cuenta corriente, al nuevo cliente que la solicita.

También puede continuar con los informes y consejos que el banco proporciona a sus clientes; no coincidiendo -nosotros- con la opinión de GARRIGUES, en la cuestión, cuando afirma que “el suministro de informes o de consejos no constituye un sector peculiar de la actividad bancaria sino tan sólo un favor que el banco hace a su cliente cuando éste lo solicita, haciendo constar al evacuarlos que la empresa no contrae responsabilidad alguna por los mismos”.

Más adelante el autor citado -prudentemente-, señala que “(ello) obliga a los bancos a conducirse con la máxima diligencia y con exquisita buena fe”.

Dejando de lado estas “exquisiteces”, el tema ya lo hemos considerado en el parágrafo 7 de este capítulo bajo la denominación, hoy generalmente receptada, de “ingeniería financiera”. Insistiendo un poco más en la cuestión, el autor francés (VASSEUR) que se ha ocupado de ella cataloga a la profesión de banquero como “un contrato de mandato o una locación de servicios” (por lo menos con referencia al derecho positivo de su país; debiendo recordarse que al derecho comparado hay que tomarlo con cautela).

12. Consideraciones sobre la empresa bancaria

Con el correr del tiempo y ante la intensa evolución experimentada por el concepto de “banco” en las últimas décadas, podría afirmarse que, en la actualidad, se han aventado las dudas sobre la “empresa bancaria”, aunque doctrinariamente el primero de los términos requiera alguna precisión, dependiendo -claro está- de cada derecho positivo.

El criterio de considerar al banco como “servicio público”, luego de un período de discusiones no siempre fundadas, ha quedado superado merced al aporte doctrinario de algunos autores entre los cuales merece destacarse, como valioso, el de FARGOSI, en varios trabajos.

En el que citamos en nota precedente -con gran acopio fundamentador- nos dice, entre otros conceptos, que “la incidencia de la empresa bancaria como tipificante de determinadas relaciones jurídicas lleva, aun en sistemas jurídicos como el italiano de 1942 en el que existe específica regulación de ciertos contratos bancarios, a que la doctrina afirme que por tal tipo no es concebible sino aquel que se encuentra inserto en una serie de contratos de la misma naturaleza, funcionalmente coligados, lo que solamente acaece en tanto medie una empresa bancaria. Para agregarse: es un contrato cuya técnica y cuya disciplina proviene de la técnica y de la disciplina de la organización empresarial y de los principios que presiden a la misma”

La idea de asimilar la actividad bancaria a un servicio público ha sido abandonada, inclusive, en su país de origen Francia, en el cual el pensamiento de RIVES LANGE et al nos dice lo siguiente, al respecto: “No se trataba de tomar la expresión 'servicio público' en su sentido técnico y de hacerle producir todos los efectos que comporta en derecho público. No era, sin embargo, una idea inútil: ponía el acento sobre la gravedad de las decisiones bancarias en materia de distribución del crédito, conduciendo ello a reforzar los deberes y las obligaciones en este terreno”.

“Hoy, la aplicación del artículo 1382 (del Cód. Civil francés estableciendo la responsabilidad por culpa) no se discute más y doctrina y jurisprudencia no apelan a esa comparación entre el papel del banquero y una misión de servicio público”.

En otras palabras, que en su propio país la idea de “servicio público”, técnicamente considerada, no se adecua a la actividad bancaria, decididamente impulsada, además, hacia el campo empresarial por una directiva de la C.E.E.

La explicación de lo acontecido quizá pudiera sintetizarse en el punto de vista de un excelente cultor de la materia como fue VITALE: “Debemos reconocer que las particulares dificultades que se presentan al estudio de la actividad bancaria se refieren a motivaciones conexas con el desarrollo de la disciplina publicística del sector. La expansión del momento 'público' y la prevaleciente iniciativa de los cultores del derecho público, en el estudio del ordenamiento del crédito y, asimismo, la tendencia de los comercialistas de aislar, en el derecho bancario, el estudio de los actos de la referencia funcional subjetiva, han llevado a

construcciones menos satisfactorias”.

Otro autor que se ha ocupado particularmente del tema dentro de la concepción empresarial a la que estamos aludiendo ha sido CAPRARA, el cual señala que producción por vía de cambio es producción para el mercado. La empresa nuclea el hecho “productivo”, cambia para “producir”; mercaderías, productos y servicios se combinan para conseguir un beneficio. Enraizada a las manifestaciones de la economía de cambio, la producción de la empresa liga su propio incremento a la mejoría de las condiciones aptas para la multiplicación, en general, de la posibilidad de cambio. Las posibilidades de cambiar se ensanchan al favorecerse los horizontes económicos mediante la utilización de medios cada día más rápidos y menos costosos, de comunicaciones y de información: se opera en razón del conocimiento (se enfatiza la importancia de la informática y de los computers). Al analizar la economía de empresa del banco, CAPRARA afirma la necesidad de considerar, en forma simultánea, las dos funciones fundamentales que realiza: adaptar las condiciones del crédito a la función monetaria (creación de moneda bancaria) y ofrecerse al mundo de las empresas como “intermediario”. Agregando, luego, que el punto que conviene poner de relieve es aquel que se refiere al crédito del banco como “catalizador” del proceso productivo llevado a cabo por la empresa bancariamente vinculada. Todo el sistema económico constituido por las actuaciones de la empresa, por sus negocios, por sus relaciones con el mundo externo se ve, de pronto, favorablemente influido.

12.1. Precisiones. Dentro del par “empresa bancaria”, hemos dicho que el primero de los términos requiere algunas precisiones aunque éstas puedan referirse, significativamente, a doctrinas de países en los que dicho concepto está regulado.

En el nuestro, no obstante una laguna de regulación, la doctrina especializada - WILLIAMS- se ubica en el caso siguiendo los conceptos de otro prestigioso comercialista como fuera SATANOWSKY, al exponer sus ideas en el Tratado de Derecho Comercial (T. III, pág. 75).

Este autor se inclina hacia una suerte de concepto unitario de lo que se llama “hacienda comercial o empresa”, contemplándola como una universalidad de facto. Así –agrega- “dentro de la universalidad, como dentro de la hacienda o empresa, los elementos singulares pierden su importancia en cuanto a ella; sólo permanecen como parte de un todo y pueden ser mudados o cambiados. El todo conserva, a pesar de ello, su individualidad, que en el caso de la hacienda o empresa le otorga la organización y el aviamiento, como elementos idénticos o separados”.

Más adelante, el autor a quien seguimos sostiene lo siguiente:

“La empresa o hacienda es una organización de bienes legalmente reconocida como bien incorporal objeto de derecho... resulta ser así un bien, un objeto incorporal que emana de esa unidad, independientemente de los elementos que la componen y exteriorizando esa unidad por la organización y por el aviamiento o llave. Es el conjunto de derechos sobre los elementos heterogéneos, unidos en su destino o finalidad de producir riqueza”.

La mayor parte de la doctrina autorizada que ha investigado este espinoso tema no coincide con los lineamientos expuestos en el párrafo anterior: ni es conveniente asimilar empresa a hacienda, ni deben ser contemplados como universalidades de facto, ni menos, aún, configuran un objeto de derecho, por lo menos en el sentido esencial del par “sujeto-objeto”.

Dejando de lado interpretaciones sobre la materia con fundamento en el respectivo derecho positivo (caso por ejemplo de Italia y de su Código Civil de 1942), quizá para graficar la

cuestión podría mencionarse esa suerte de síntesis en la expresión que “...el empresario es, la empresa se dirige, la hacienda se tiene”.

Con ello tendería a significarse que la empresa ofrece una pluralidad de perfiles (ASQUINI) o puede ser comprendida a través de una pluralidad de aspectos, definidos como cuatro: subjetivo, funcional, objetivo-patrimonial y corporativo.

El perfil subjetivo es el conocido como de despersonalización de la empresa: se escinde al empresario, de su empresa. Se habla del realzamiento de la empresa sobre su titular, afirmándose que sería la empresa -y no el empresario-, el verdadero sujeto del crédito. Naturalmente que este punto de vista ha sido objeto de crítica fundada si se tiene en cuenta que no podría explicarse la concurrencia de dos sujetos, empresa y empresario, situados en la misma posición jurídica respecto de un único objeto.

CASANOVA (salvando la distancia de su opinión con base en el derecho positivo de su país, como se ha dicho antes), aclara el punto al decir que el trabajo del empresario es típicamente de organización económica siendo la empresa, correlativamente, organización de los factores de producción, para el cambio.

La empresa que se ejerce, merced a la hacienda del empresario, no es y no puede ser más que la actividad económica organizada con fines de producción y del cambio de bienes o de servicios profesionalmente ejercitada.

La empresa se distingue de otras formas de la actividad profesional en cuanto es actividad organizadora. La hacienda es la organización en la cual tal actividad se concreta, de manera objetiva. Si no es, por lo tanto, un elemento de la empresa (lo que sería absurdo, por cuanto un objeto no puede ser, por definición, elemento de un acto o de una serie de actos), la hacienda es un presupuesto necesario y determinante de la empresa. Ésta es el ejercicio de una hacienda por parte de un sujeto que asume la calificación de empresario.

Tal podría ser el perfil objetivo-patrimonial, dado que la hacienda se concreta en un complejo organismo instrumental que no se agota meramente en las cosas materiales, sino que comprende asimismo los servicios coordinados con éstas. Fundamentalmente, es el complejo de bienes -obras y no sólo, cosas- que el empresario organiza en el ejercicio y para el ejercicio de la empresa.

En su aspecto funcional, la empresa es actividad.

Por actividad se entiende una serie coordinada de actos tendientes a una finalidad común, que se manifiestan también unitariamente en función del sujeto que los realiza y de su propio contenido (por ejemplo, en nuestro derecho, el estatuto del comerciante).

Se abre una especial problemática en el plano de la actividad referida a una particular disciplina que incide sobre los actos singulares, cuando éstos se insertan en el ejercicio de la empresa. También tiene importancia el tema en lo concerniente a la contratación en masa: se vincula con el ejercicio de actividades y repercute sobre formalidades, valoración e interpretación de los contratos, abarcante del régimen de responsabilidad y cierta tendencia a tutelar al particular que contrata con el empresario.

Agrega ANAYA que desde otro punto de vista se ha señalado la necesidad de una disciplina particular para los contratos que constituyen el objeto de las actividades productivas (transporte, seguros, operaciones bursátiles) que no podrían concebirse sino en función de empresa, así como títulos que presuponen el ejercicio de actividades empresarias en el momento de su creación (acciones u obligaciones) o en el momento de pago (cheques).

Por último, el aspecto corporativo apunta a quienes colaboran en el cumplimiento de la actividad, conformando un grupo social en función de un objetivo a cumplir. Se trata de las

relaciones “internas” de la empresa, posiblemente más propias del derecho laboral.

12.2. Modificaciones. Considerada la empresa desde una perspectiva de cliente de banco, DANLOY nos dice que el entorno se ha modificado profundamente desde los años 70. La apertura e internacionalización de los mercados financieros, la creciente sofisticación de los productos que, en mayor cantidad se intercambian, ha originado cambios que afectan a la empresa condicionando su fuente de capitales. Además está aquello que alguien denominara la “geofinanza”, en las relaciones de las sociedades con el universo financiero. Hay un cierto aspecto paradójico; pero, en apariencia. Las finanzas ofrecen el aspecto de un sector dinámico, que trabaja casi en forma permanente. Está el desarrollo de la telemática que exhibe los avances técnicos, debido al progreso de la informática con las telecomunicaciones.

El desarrollo de los flujos financieros internacionales no es más que la consecuencia de la internacionalización de las economías, considerándose que se trata de una tendencia irreversible debida al desarrollo de los bancos de alcance internacional, al cambio de mentalidad empresaria -tratando de captar el ahorro más allá de sus fronteras- y al descubrimiento de un gran potencial de ganancias en el tráfico de divisas.

Parece interesante acotar otro aspecto que destaca el presente comentario: el “producto” es más que el título; aquello que el inversor adquiere es un valor dado por la imagen de la sociedad emisora y a la cual el mercado confiere a cada instante un perfil particular.

12.3. Síntesis. Sintetizando este panorama entendemos que el concepto de banco como “empresa” -más allá de su consideración por el derecho anglosajón que no se conmueve demasiado por la doctrina-, ha sido receptado por el derecho bancario continental, máxime en aquellos países en los cuales la empresa se encuentra regulada en su derecho positivo. Por ello, la mención de alguna jurisprudencia local considerando a la actividad financiera como “servicio público” aparece como anacrónica, influenciada por preconceptos ideológicos, no obstante el esfuerzo dialéctico hecho por algún administrativista de fuste, como MARIENHOFF.

Además, el banco en las últimas décadas está sufriendo una permanente evolución de su perspectiva tradicional de intermediador del crédito, exorbitándola mediante una vocación de servicios que lo acerca, un poco a la fuerza, a su cliente (por lo menos en la dimensión de empresa, de éste).

Por su lado, el cliente ha mostrado una creciente urgencia en la búsqueda de capital de financiación que, además de los nuevos instrumentos financieros estaría indicando el surgimiento de un mundo parabancario, favorecido por cierta desregulación en la normativa legal, asimismo, intentando una suerte de salto en la relación con el banco, en procura de su objetivo financiero más rápida y menos costosamente.

CAPÍTULO II RESPONSABILIDAD DE LA EDAD FINANCIERA

13. Concepto

La responsabilidad de la entidad financiera puede ponderarse, en líneas generales, desde el punto de vista civil, administrativo o penal. Dejaremos este último -el derecho penal

bancario o financiero es una rama particularmente específica, que no abordaremos-, para referirnos concretamente a los dos primeros aspectos en los que se produce una suerte de mix entre los principios y reglas de derecho común y las valoraciones emergentes de la profesión de banquero, indudablemente de carácter específico y fuerte gravitación según el particular derecho bancario del país.

Decimos esto porque tratándose de una rama jurídica más o menos joven, el impacto de lo profesional en el banquero ha tenido una influencia en la doctrina, particularmente francesa, que por su importancia en el llamado “derecho continental” ha sobrepasado las fronteras de su país de origen para extenderse en la interpretación del derecho positivo de otras áreas. Vaya como ejemplo la circunstancia de que WILLIAMS, en su obra, sigue casi literalmente el pensamiento de VEZIAN.

14. Responsabilidad profesional. Usos bancarios

Lo anterior queda señalado por aquel presupuesto de este enfoque al decirse que “la responsabilidad de la entidad financiera es... una responsabilidad profesional y específica”. Quizás, un tanto menos dogmáticamente, cabría agregar que no se discute, en principio, esa calificación de la responsabilidad; pero a) que ella depende del concepto que se tuviera sobre la profesión (lo que en más de una circunstancia se trata de una apreciación ideológica, como lo hemos dicho en otras oportunidades) y b) que lo específico depende del “caso”, elemento decisivo para la apreciación y valoración de toda la operatoria bancaria (y financiera), en general.

La concepción de los autores franceses a la que hiciéramos alusión pone el acento en lo que se considera como “culpa profesional”, una especie de culpa más incisiva, más puntual, que puede tener una mayor difusión en la contraparte (en cuanto a su incidencia).

Así, dentro de esta particular valoración del problema, se llega a hablar de que en esta operatoria las partes utilizan “mecanismos bancarios” (RIPERT); expresión interesante, aunque no bien definida, con la que probablemente se estuviera esbozando cierta aproximación a la tecnología financiera, de indudable importancia en nuestro tiempo.

La doctrina en general, a esta altura del discurso jurídico, alude al impacto de los “usos y costumbres”, materia polémica en la que se advierte un mosaico de opiniones con matices no siempre bien definidos.

WILLIAMS, por ejemplo, acorde con su seguimiento de la doctrina francesa en la materia, expresa que los “usos costumbres” permitirían determinar las obligaciones de la entidad financiera y apreciar el grado de responsabilidad de la misma.

Nosotros habíamos abordado el tema sosteniendo una ponencia en el Encuentro Latinoamericano de Abogados expertos en Derecho Bancario (Buenos Aires, 1979, bajo los auspicios de la Federación Latinoamericana de Bancos) y con el título “La costumbre como fuente del derecho bancario y en particular el papel que desempeña la costumbre internacional al respecto”.

Extrayendo algunos conceptos de este trabajo, citamos a SEGOVIA cuando decía que: “El uso, hijo de las convenciones y hábitos del comercio, es la mejor y más verdadera expresión de sus intereses y necesidades y una de sus mayores ventajas consiste en facilitar las operaciones mercantiles. Pocas palabras bastan generalmente para cerrar un negocio, porque se calla en los contratos todo lo que es de uso y práctica diaria”.

Al concretar el punto de los “usos bancarios” puede compartirse la opinión de MESSINEO

al decir que son una subespecie de los usos de negocios⁵. Su concepción más moderna dentro de la relatividad de todo lo doctrinario, puede ubicarse en lo que se califica como concepción pluralista en el ordenamiento jurídico, concebido de esta manera como una realidad compuesta o compleja en cuya formación concurren múltiples hechos normativos, dotados de valor y eficacia diversos.

Sin desconocer esta adecuación de los usos bancarios, en nuestra materia, debería agregarse que la tendencia actual es hacia una declinación de su importancia, al verse reemplazados en la práctica por las llamadas “Condiciones generales negociales” de la contratación bancaria, a las cuales nos hemos referido supra en el parágrafo 6 del Capítulo I. En algún país -Italia-, han encontrado aplicación en las “Normas uniformes bancarias”, cuyo origen es eminentemente corporativo, que son consideradas como predisuestas por la Asociación Bancaria Italiana a la cual están adheridas la mayoría de las entidades financieras. Según MOLLE, esta modalidad operativa responde a la exigencia de la empresa en el sentido de tipificar las operaciones de masa que el banco cumple mediante la predeterminación de cláusulas del contrato, en esquemas contractuales ya configurados. Se buscaría, entre otros aspectos, evitar una competencia peligrosa entre los bancos; pero recuérdese, en una instancia más moderna que la que se está exponiendo, las observaciones de PRATIS mencionadas en 6.2. del capítulo anterior referidas a la necesidad de ampliar las bases de información al servicio de la clientela.

15. Diversos supuestos de responsabilidad

Pasaremos ahora a considerar algunos supuestos de la responsabilidad que puede ubicarse en cabeza de la entidad financiera.

Dentro de este necesario casuismo se exhibe la hipótesis de la negativa del banco a la apertura de una cuenta corriente o, bien, su renuencia a continuar con la vigencia de una cuenta ya abierta (resolución del contrato).

Las consideraciones formuladas por WILLIAMS -siguiendo a la doctrina francesa mencionada- respecto de la noción de “servicio público” deben ser desechadas de plano, por lo ya expresado. Aquí opera la libertad de contratar y, casi en sentido opuesto, podría decirse que la normativa general castiga al banco cuando hubiera incurrido en negligencia al abrir una cuenta corriente.

Respecto de la publicidad que el banco pudiera efectuar, en su política de captación de clientes, es perfectamente legal, con la consideración de que el contrato se hace con resolución personalísima, es decir, de que el banco puede negarse a la apertura de una cuenta a determinada persona, por razones fundadas. No entraría dentro de este último concepto la circunstancia de que la decisión se basara en consideraciones extrabancarias, por ejemplo, en motivos políticos, religiosos, etcétera.

La demora en el procedimiento de apertura, tampoco es enfocada como culpa del banco, por la doctrina autorizada.

La negativa del banco en continuar operando en cuenta corriente con determinado cliente, en nuestro derecho es por plazo indeterminado, rigiendo las disposiciones de la circular OPASI- 1 del BCRA: 1) cuando existe pérdida de confianza en el cocontratante, por ejemplo, debido a la emisión de cheques sin fondos más allá de lo permitido; 2) el cierre de la cuenta corriente bancaria debe hacerse con un preaviso de diez días, salvo convención en contrario; 3) el banco deviene responsable si procede al cierre de la cuenta sin respetar los

plazos previstos o, bien, si se publicita el cierre de la cuenta, desconociendo las disposiciones normativas en la materia.

16. Fundamento de la responsabilidad del banco

La trilogía de (a) culpa del banco, (b) perjuicio para el damnificado y (c) relación causal entre culpa y perjuicio constituye el basamento conceptual sobre el que se sustenta la responsabilidad del banco.

El cumplimiento estricto de las obligaciones que debe asumir el banco nos parece razonable, atento la importancia social y económico de éste; pero no podría compartirse los criterios esbozados por la doctrina francesa según los cuales existiría a modo de un orden policiaco por parte de los bancos, en la materia. Orden, sí, pero llevado no mucho más allá de la relación contractual de recíproca confianza que se ubica como decisiva en el par “cliente-banco”, sin que la conducta perjudicial del primero deba o pueda siempre ser controlada por el segundo.

Lo que se busca, primordialmente, es determinar la solvencia moral y material del cliente aun cuando esta última dependa, en buena medida, de la o las operaciones que busquen realizarse. La identidad del cliente debe comprobarse mediante la exhibición de cualesquiera de los documentos que se extienden en nuestro país; sin que el banco devenga responsable en caso de que la documentación fuere falsificada.

Con referencia al domicilio que se consigna al abrir una cuenta corriente bancaria se considera como lo más procedente el envío de un agente del banco al domicilio denunciado; lo cual no siempre es posible; por lo que se recurre a otros medios sustitutivos del domicilio registrado por el cliente en facturas de electricidad, gas, obras sanitarias, etc. que configuran medios hartos relativos de esa averiguación.

Respecto de la capacidad del solicitante de la apertura de cuenta corriente bancaria rigen las reglas pertinentes del Código Civil. Son capaces los mayores de 21 años de edad (arts. 126 y 128); los emancipados por matrimonio (arts. 131, la. parte y 133), con la limitación establecida en el artículo 131, 2a. parte y la prohibición de afianzar obligaciones (art. 134, inc. 3°); las mujeres mayores de edad, cualquiera sea su estado (ley 11.357, artículo 1° modificado por la ley 17.711); los habilitados para el ejercicio del comercio (art. 131, 3ª parte y 135), debiendo cumplir con los artículos 11, la. parte y 12, la. parte del Código de Comercio; el menor mayor de 18 años (art. 128, 2a. y 3ª parte del Cód. Civ.); el menor que tuviese título habilitante para el ejercicio de una profesión y los habilitantes para el ejercicio del comercio de acuerdo al artículo 12 del Código Comercio.

Aquella cuestión que hace a lo que se ha dado en llamar “honorabilidad” del solicitante -la solvencia moral a la que aludíamos precedentemente- en tema relativo. Quizás el “honor cambiario” haya tenido su época de gloria en relación a la trascendencia en el cumplimiento de las obligaciones cambiarias, en cierto momento; pero no mucho más allá.

Circunscribiéndonos a nuestro tema, se trata de que el cliente de banco (concepto de no fácil definición, por cierto) sea una persona de confianza, que no haya incurrido en el libramiento de cheques sin provisión de fondos o, en un plano más generalizado, que no asumiera actitudes equívocas o sospechosas, en quebranto de la buena fe que debe regir todas estas relaciones.

Pasando ahora a la representación voluntaria rige la regla de la exigencia del instrumento de la procuración, sobre la base de la buena fe-creencia y de las órdenes reservadas que haya

dispuesto el mandante. Existe la obligación de comunicar al banco las modificaciones introducidas a la eventual revocación del mandato, precedentes que, hasta no tener el debido conocimiento, no serán tenidos en cuenta por la entidad financiera. Debe tenerse presente, con referencia al mandato comercial, lo establecido por el artículo 36, inciso 4 del Código Comercio respecto de su inscripción en el Registro Público de Comercio.

La representación necesaria deberá ser controlada por el banco en función del criterio de tipología societaria que se trate, ya sea de sociedades comerciales (ley 19.550) o, bien, de sociedades cooperativas (ley 20.337).

Dice WILLIAMS que el artículo 58 de la ley antes citada en primer término ha modificado la segunda parte del artículo 9º del decreto ley 5965/63: “El fundamento de la forma - agrega el autor- lo encontramos en la protección de los terceros de buena fe que se presume y sólo cae cuando el tercero hubiera tenido un conocimiento efectivo de la transgresión a las disposiciones legales o estatutarias, quedando la prueba de ese conocimiento a cargo de la sociedad”.

17. Otros supuestos de responsabilidad

En cuanto a la responsabilidad que surge para el banco respecto del funcionamiento de la cuenta corriente bancaria o depósito, debe ser preocupación especial el correcto funcionamiento de las mismas mediante una debida contabilización, de inmediato, de todas las operaciones de crédito y débito en favor o en contra del cliente.

Este criterio general debe ser compatibilizado con aquel otro referido a la no injerencia del banco en las operaciones realizadas por sus clientes.

Cabe compartir el punto de vista expresado por WILLIAMS el decir en su voto del caso “Gilges Alves, Antonio c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro que en el depósito de fondos en cuenta corriente la propiedad del dinero es sustituida por la propiedad del crédito que resulta del dinero depositado en el banco (art. 732, Cód. Civ.), recayendo con referencia a dicho crédito la obligación de custodia que asume el banco”.

Otros supuestos fácticos señalados por el autor citado deben ser objeto de reflexión.

Sin perjuicio de ratificar el criterio general de no injerencia del banco en el funcionamiento de la cuenta corriente de su cliente; pareciera evidente la responsabilidad de aquél. 1) cuando hubiere colusión fraudulenta con su cliente; 2) cuando ante la incapacidad del titular de la cuenta o revocación del poder otorgado, no la hubiere cerrado; 3) en cuanto a los llamados efectos de complacencia (documentos de favor, en nuestra práctica), cabría recordar que la doctrina y jurisprudencia francesas adoptan una posición causalista que no es compartida en otros derechos positivos, como el nuestro; 4) en otro caso se resolvió que es responsable por el 10% del valor de los giros bancarios oportunamente depositados cuando el banco demandado ha abierto una cuenta corriente bancaria fuera de todas las disposiciones reglamentarias y a nombre de una persona inexistente, posibilitando de este modo que dicho giro, contra dos bancos corresponsales, falsamente atribuido a la actora, fuera percibido por el falso titular de la cuenta.

18. Responsabilidad del banquero dador de crédito

Este aspecto lo hemos estudiado en varios comentarios. Anteriormente habíamos traducido a nuestro idioma el ensayo de BORGIOI en el que pudimos percatarnos de la influencia francesa en la cuestión, en cierto modo desplazándose a Bélgica (que adopta el Cód. Civ. francés) y, con alguna variante, a Italia.

Si se analiza atentamente el fondo del asunto es dable apreciar la antinomia “banco-empresa(cliente)” como el punto de partida en el cual el intérprete deberá tomar posición inclinándose en favor de uno u otro. Porque el (supuesto) predominio del banquero será el determinante de si la empresa es merecedora -o no- del crédito solicitado; de si aquél (supuestamente en mejores condiciones de análisis del punto y de la plaza) habría de ser el indicado en favorecer o no a su cocontratante, quizá renovándole el crédito ya otorgado o, bien, aun aumentándolo para contribuir a su salvataje de situaciones dificultosa.

Los conceptos de MARTIN, -un especialista en la materia quien fuera durante muchos años redactor de la columna sobre jurisprudencia bancaria en la revista Banque- son útiles para ubicar la cuestión: “La responsabilidad bancaria, y bien, después de todo está ahí...” agregando más adelante lo siguiente: “Más en serio se puede decir que los jueces han aprendido a comprender en forma progresiva los reales problemas que afronta el dador de créditos. Teniendo en cuenta que la responsabilidad de éste se definía respecto del otorgamiento de créditos por el conocimiento de la situación irreversible en que se hallaba el prestatario, de entrada se tenía la sensación de que los tribunales partían de la premisa de que el banquero, necesariamente, había tenido conocimiento de lo ocurrido. Que si lo hubiera ignorado, no menos por ello había contado con los medios para conocerlo y, por tanto, era culpable por no haberlo sabido”.

A este criterio de una suerte de omnisapiencia que se pretende atribuir al banquero, está el otro aspecto de la cuestión: la protección de los intereses de acreedores de la empresa prestataria. WILLIAMS como de costumbre siguiendo a VEZIAN, lo señala al indicar que el banco, conocedor de la honestidad (?) y solvencia de su cliente, al conceder el crédito no solamente va a afectar a su prestataria sino, también, a los acreedores de ésta. La trilogía -se aprecia- hace más compleja la cuestión (el interrogante es nuestro).

En el punto, refirmamos nuestra convicción de que, además de razones jurídicas, se acumulan otras históricas, políticas y hasta ideológicas (respecto de la opinión que se tenga sobre el banquero), para configurar un panorama bastante incierto.

Transcribiendo (en parte) nuestro trabajo de mediados de 1989, podemos decir lo siguiente: 1º) Dos autores belgas, SIMONT y BRUYNEEL -publicando bajo su dirección una obra de la materia-, han dicho: “En definitiva, ¿no es la imagen mental y social del banquero lo que constituye la verdadera explicación de las diferencias reseñadas en Francia y Bélgica, por una parte y los restantes países, por la otra? Una imagen franco-belga globalmente negativa o, quizás, ambivalente, enraizada en la memoria histórica y llevando la desconfianza tradicional para las actividades del dinero, resabios de colbertismo, reacciones de orden político pero, también, un mar de realidades desagradables vividas por los deudores”.

2º) Otro enfoque, predominantemente sociológico, es el proporcionado en el “Coloquio organizado por el Grupo Banco y Bolsa de los Anciens Eleves de Sciences-PO, el 30 de marzo de 1977” en cuya presentación por CHATILLON se expresa: “Es inútil ocultarlo: la imagen del banco es bastante controvertida en Francia, independientemente de lo que atañe a nuestras estructuras económicas”; para agregar más adelante, en los orígenes históricos: “Así el banquero de la imagen burguesa, por sobre todo humano, que era un personaje, en cierto modo, una persona, desaparece detrás de los intereses financieros, detrás de lo que se puede llamar el capital”.

3º) DAUCHY, en un extenso trabajo sobre las relaciones entre el derecho bancario y el derecho civil señala en su introducción: “Ha bastado que un gobierno de orientación socialista tomara el poder para poner a la orden del día, por razones políticas más que técnicas, en primer lugar la 'nacionalización' del crédito”, luego la severa reglamentación de los establecimientos de crédito. Mencionando más adelante que la medida del debate es, antes que nada, política, en el sentido de dos concepciones antagónicas respecto de la sociedad: liberalismo o dirigismo y el debate político oculta casi de manera total al debate técnico.

4º) Pero no solamente estas concepciones de origen europeo remarcan el acento político. Leemos en WHITE que la presente estructura bancaria emana en mayor medida de los accidentes históricos, de la ideología política y de la reacción a los acontecimientos financieros, que a una acción preconcebida y unificada de las relaciones entre los bancos, los Estados y el Gobierno Federal.

18.1. Otras cuestiones. El propio WILLIAM5 –criteriosamente-, pareciera preocuparse de las eventuales acciones de responsabilidad contra los bancos que podrían desencadenarse como consecuencia del otorgamiento (indebido) de crédito a sus clientes, circunstancia -agrega- que podría llegar a paralizar la actividad económica; resultado que lo lleva a desestimar la aplicación a la entidad financiera del carácter de servicio público y tener en cuenta otros parámetros a fin de evaluar su responsabilidad.

En otras palabras, que estas consideraciones, reveladoras de lo delicado del tema, hacen pensar en la inconveniencia práctica y jurídica de apelar a nociones que, sin perjuicio del revisionismo actual al que están sometidas, respondieron a “otros” presupuestos conceptuales que los ahora requeridos para el desarrollo y evolución de la actividad bancaria.

Más adelante el autor citado ubica la responsabilidad del banquero en nuestro artículo 1109, por razones de prudencia que le impone el ejercicio de su profesión llevándolo a un conocimiento de su cliente que se base en actos de información y de investigación, vinculados al otorgamiento del crédito.

En la cuestión, pareciera procedente recordar los puntos de vista de un experto en materia bancaria, CUIGNET, cuando refiriéndose al crédito “confianza” lo explica como una realidad compleja.

En síntesis, el crédito significa vender “tiempo” al deudor del mismo y si bien la confianza del banquero debe basarse en lo objetivo, es, esencialmente, subjetiva. La posición de cada dador de crédito, con relación a la misma carpeta de informes, no es uniforme y puede variar -incluso considerablemente-, de un banquero a otro. La apreciación del “factor dinámico” que permite a la empresa encarar las incertidumbres del futuro y que, en lo esencial, finca en las cualidades de adaptación de los directores de la empresa con respecto a los acontecimientos -previsibles o no-, adquiere máxima importancia. Además el crédito es, por sobre todo, un “estado”, es decir mucho más que un simple acto aislado.

Este autor considera que la decisión puramente objetiva en el otorgamiento de un crédito es una ficción: opera una intervención o compromiso personal, que no puede soslayarse. Para el banquero técnico el crédito es, ante todo, una realidad económica y psicológica, la regla jurídica participa de ello con posterioridad, casi -podría decirse-, en forma subsidiaria.

18.2. La cuestión en Italia. El otro país de “derecho continental” en el cual se ha discutido la cuestión que tratamos -Italia- ha modificado su correspondencia al Código Civil francés

en la materia (arts. 1382 y 1383, como ocurría en el Código Civil italiano de 1865, separándose de éste en el Código Civil italiano de 1942 al introducir el requisito de la “injusticia” para que procediera la reparación del daño (art. 2043).

Entre otros autores, NIGRO realiza un análisis afinado, diciendo que lo que se discute en torno al carácter profesional del banquero no es la diligencia del *bonus pater familias* sino aquella especial del *bonus argentarius* “dotado de una específica competencia técnica y de específicos medios idóneos para llegar a una precisa valoración de las condiciones patrimoniales de quien contrata con él”.

Merced a una acción de la jurisprudencia de la Casación italiana y, en particular, de la doctrina, las ideas en el terna parecieran haber evolucionado en torno al “riesgo” creado por la empresa, procediendo entonces a tutelar cualquier derecho frente al ataque ocasionado por un daño que se considera como injusto. Se invoca como fundamento un deber de solidaridad social que surge constitucionalmente en ese país de los artículos 3° y 41 de su ley fundamental.

NIGRO arriba a la conclusión primaria de determinar la responsabilidad del banco encuadrada en el extremo de la injusticia cuando llegase a conceder abusivamente un crédito al empresario en desequilibrio. Se estaría colocando al banco en la situación de cumplir un deber (*doverosità*). Más adelante, agrega: “Todo depende del punto de vista que se asume. La función del banco consiste en la captación del ahorro de la colectividad para destinos, a su vez, útiles a la colectividad: es esto lo que justifica la afirmación de interés público como connotación calificante de tal actividad... Ello significa que los bancos... deben erogar crédito solamente para iniciativas individualmente válidas y socialmente productivas. Lo que, naturalmente, corresponde al interés propio de las entidades de crédito...” pero responde, también, al interés general por cuanto una irracional destrucción de riqueza se traduce en una pérdida para los ahorristas depositantes y, en general, para la colectividad.

No obstante lo anterior que puede tener cierta validez para el país peninsular en el cual los bancos tienen gran predicamento (aquellos de la Italia de los bancos)- las explicaciones no son convincentes como para fundamentar la conclusión de la responsabilidad civil del banquero en el otorgamiento de crédito: salvo, claro está, cuando la culpa de éste fuera fehacientemente comprobada, en los términos expuestos por la doctrina general.

Como se señala en las fuentes del problema durante las Jornadas Brasileñas de 1984 sobre *La responsabilité du banquier: aspects nouveaux* de la “Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française”, perduran serias dudas de que exista una suerte de deontología bancaria, prescribiendo las medidas a tomar en la materia.

En el punto, pareciera interesante transcribir las conclusiones del “Cuarto Congreso de estudios sobre los procedimientos concursales” (San Renio, Italia, noviembre de 1984): “El banco es el empresario por excelencia y por ello está subordinado a las leyes y lógica económica de la empresa. Falta, en definitiva, una norma que imponga a los bancos de 'asistir' las empresas, cuando aquellos puedan verse perjudicados. El actual panorama normativo y de gestión tiende a devolver a los bancos un clima de economicidad y de empresariedad. Y aquél que afirma que, en razón de valores sociales en materia de salvataje y que los bancos, cuando menos aquellos públicos, no deben tener como finalidad la maximización de la utilidad, pasan por alto que está llevándose a cabo un proceso de reestructuración netamente de tipo privatístico, en el sector”.

18.3. La cuestión en (algunos) EE.UU. de América. Retornando a lo expresado en nuestro último comentario en El Derecho, podemos agregar la elaboración de la jurisprudencia de algunos estados de la Unión tendiente a una acentuación de la responsabilidad del prestamista, con fundamento en la garantía de buena fe y de la razonabilidad implícita en todo contrato; además, la imposición a los prestamistas de estándares de fiducia o de confianza mucho más estricta.

Desarrollando estos conceptos se expresa que en la actualidad los tribunales han construido una nueva doctrina que considera responsables a los prestamistas teniendo en cuenta la teoría de la responsabilidad extracontractual (tort action). Ahora se puede reclamar juntamente con el daño emergente el lucro cesante y los daños punitivos, imponiéndose en algunos casos la responsabilidad por daño moral (emotional distress damages)

Respecto de la responsabilidad extracontractual del prestamista, por su mala fe, se ha comenzado a aplicar por analogía la evolución doctrinaria de la responsabilidad entre aseguradora y asegurado. Se entiende que en ambos casos las relaciones jurídicas son "especiales".

Como reglas generales no existen deberes fiduciarios que surjan de pleno derecho en la relación entre prestamista y deudor; sin embargo, los tribunales han considerado como fiduciaria tal relación cuando se hubieran dado circunstancias especiales. Se cita como antecedente un fallo "Stewart c/Phoenix National Park" (1937) en el cual el banco habla actuado como consejero de los deudores por lo que se consideró la instauración de una relación confidencial, aplicándose las reglas de una relación fiduciaria.

En la búsqueda de fundamentos de esa relación se ha tenido en cuenta: a) la representación de una de las partes, por la otra; b) el ejercicio de influencia indebida de una parte, sobre la otra; c) el depósito de una confianza absoluta; d) la dominación en la toma de decisiones; e) la dependencia de una de las partes.

18.4. La cuestión en nuestro país. Además de la obra de WILLIAMS que hemos visto sigue casi literalmente a la doctrina francesa, a través de VEZIAN-, el tema, indudablemente de interés, ha suscitado el aporte de varios doctrinarios nacionales, alguno con experiencia bancaria, como BENELBAZ, otros, no tanto.

Intentando una síntesis de los aspectos fundamentales del enfoque de nuestra doctrina, diremos lo siguiente:

a) La empresariedad del banco -y posiblemente, aún más, del banco moderno, que no habría sido tenido en cuenta por la doctrina nacional, salvo excepciones-, se ha impuesto con marcados caracteres como para que se pretenda insistir en la noción de servicio público como definitoria de lo que es "banco". No obstante, corresponde puntualizar que parte de la doctrina nacional -VILLEGAS, quizás el más notorio y la mayoría (al parecer) de la concurrencia a las Primeras Jornadas de Derecho Civil (Mendoza, 1983), llegaron a una solución opuesta al sostener que la naturaleza jurídica de las entidades financieras las señalaba como ejerciendo un "servicio público impropio", agregando que en el ejercicio de la intermediación en el crédito se está desempeñando una función social. Lo ya expuesto al comienzo del párrafo 6, por la propia doctrina francesa, nos exime de mayores comentarios.

b) En las jornadas antes citadas, fue resuelto que: (A) Por otorgamiento abusivo de crédito se entiende la creación de una "apariencia de solvencia", inexistente en el deudor; (B) Como presupuestos de dicha responsabilidad frente a terceros damnificados, se dice: 1)

debe ser apreciada con estrictez y severidad la relación causal en los casos de responsabilidad bancaria, por el otorgamiento de créditos abusivos; 2) como característica del daño, se señala que afecta a masas de sujetos, por lo que puede ser colectiva; 3) se admite la posibilidad de que sea el síndico en el concurso o los acreedores del prestatario quienes están legitimados activamente; 4) la connivencia en el otorgamiento del crédito entre la entidad financiera y el prestatario configura un ilícito que los hace responsables solidariamente.

Esta podría ser catalogada como “tesis civilista” de la doctrina nacional en la que se manifiesta una suerte de subsunción del derecho bancario en el derecho común. Así lo menciona expresamente TRIGO REPRESAS diciendo que la responsabilidad resultante de una transgresión bancaria pertenece al derecho común y se rige, por lo tanto, por los principios generales sobre la materia contenidos en el Código Civil.

c) Cierta parte de la doctrina nacional -MOSSET ITURRASPE y PEREIRO-, sostienen que la actividad crediticia realizada por las entidades financieras en nuestro país “ha menester de una labor permanente de moralización”. Algo similar fue expresado por BORGIOIOLI con referencia al derecho italiano.

Depende de la concepción del mundo de cada persona: el banquero ha sido elogiado por algunos, como DE CROISSET; señalado como ejerciendo el “más viejo oficio del mercado”, por los humoristas, o sometido a acerba crítica como la de Thomas S. ELIOT en su poema Portrait of a Lady. Quizá, con palabras de VASSEUR en alguno de los ensayos que escribiera sobre el tema, debería verse en el banco la última chance de la empresa en dificultades o, en una visión menos angustiante, la entidad a la que puede recurrirse cuando se añora la compra de cierto bien.

En todo caso la inquietud expuesta excede el marco de lo meramente bancario para situarse en el más amplio -e impredecible- de la economía. Hay, como dice MOYANO LLERENA, “una intromisión moral en la economía”. La teoría económica, en los últimos tiempos, se ha visto como angosta a causa de la carencia de valores en qué fundamentarse; como dice el autor citado -y posiblemente el caso más claro ocurriera en el campo bursátil- “en las sociedades industriales modernas se acentúa la idea de que es indispensable introducir normas éticas en las actividades económicas”.

A nuestro entender, se trata de valoraciones respetables, pero dudosas (en el plano inmanente). Pero pareciera acertado que cuando se habla de confianza, de buena fe, de transparencia en las operaciones, se está tratando de caminar por el “lado soleado de la calle” (según la gráfica expresión anglosajona). Que esto pueda o no hacerse efectivo es harina de otro costal.

d) Los aspectos concursales de la cuestión han sido desarrollados por BENELBAZ en el comentario citado, en especial con referencia a la figura de la complicidad concursal. Este autor transcribe los incisos 2) y 4), artículo 240 de la ley 19.551 y menciona el artículo 235 de esta ley en sus incisos 3, 4, 12 y 15 como elocuentes figuras del abuso del crédito, tanto para quien lo da como para quien lo recibe. Agrega que la consecuencia de esta conducta crediticia está determinada por la ley, como la consecuencia inmediata de la responsabilidad patrimonial por el otorgamiento indebido del crédito y se configura en el artículo 246, incisos 1 3 y 4 de la ley 19.551.

Es posiblemente conocida nuestra posición adversa a la calificación de la conducta comercial del fallido, con argumentos varios expuestos en nuestra obra Concursos y quiebras refirmados en el curso de sucesivas ediciones, desde la primera publicada en 1973. Brevemente, estamos por la condena de la conducta culposa o fraudulenta del fallido, pero

en el ámbito penal, sin que la enunciación de meras pautas -como lo hace la L.C.-, signifique algo positivo o constructivo y, peor aún, pueda servir en algún caso non sancto de actuación de la sindicatura concursal.

Además, nos hemos pronunciado contra la calificación de conducta de ese abstracto “hombre de negocios” que viene desde el precedente de la Ley de Quiebras 11.719, cuando la entonces economía agrícola-pastoril era otra que la actual.

Pero más allá de estas consideraciones de índole general nuestra crítica -reiterando conceptos ya expuestos-, finca en que “la técnica legislativa ha seguido el método de comenzar con una definición más o menos analítica de la conducta, para luego pasar a reseñar lo que se denomina actos configurativos de la misma. En este planteo se adopta, pues, una suerte de posición a-penalista; en efecto, mientras que el derecho penal ha avanzado cada día en procura de un mayor rigor del tipo penal, en el que se describe la conducta reprochable, la técnica de la Ley de Concursos es señalar una serie de actos que pueden configurar tal conducta y que, asimismo, no son típicos, por cuanto se agrega la mención 'entre otros’”

En síntesis, la actual calificación de la conducta comercial del fallido con todo lo incierta que es en la dinámica empresaria de nuestros días, generalmente sólo sirve para promover un incidente de larga duración y resultado contradictorio cuando, en una postrera etapa, ingresa en la competencia penal.

Retornando al comentario de BENELBAZ -y sin desconocer que intenta ubicarse en el derecho positivo-, a nuestro entender sólo es rescatable lo referido a la complicidad (supuesta) de la conducta del banco en la esfera concursal; las “pautas” de los cuatro incisos citados del artículo 235 L.C. han sido formulados de manera harto genérica como para calificar el accionar de ese sujeto “banco” (por caso, ¿qué pasaría con operaciones fuera de balance realizadas?)

18.5. Consideraciones finales. En un análisis de balance del derecho positivo de nueve países, entre los que se incluyen los de derecho continental y aquellos comprendidos en el derecho anglosajón, los autores ya citados, SIMONT y BRUYNEEL, reconocen que la denominada condición de ilicitud constituye un obstáculo tradicional a la extensión del campo de aplicación de la responsabilidad aquilana. Este freno no opera ni en Francia, ni en Bélgica (en este último con algunos reparos), donde el derecho por la responsabilidad extracontractual se encuentra enteramente dominado por el concepto de culpa y la elaboración jurisprudencial sobre la base del artículo 1382 del Cód. Civil francés.

En sentido opuesto, la concepción restrictiva vinculada a la teoría germana de la Schutznorm ha sido elaborada para limitar el campo de aplicación de la responsabilidad aquiliana, manifestándose bajo diversos aspectos: (1) implicando que el daño no es reparable más que en el caso de formar parte de la categoría de daños que la norma legal o, bien, la norma general de prudencia violada, tiende a precaver o evitar; (2) implicando que el daño no es reparable más que en el caso de que fuera experimentado por una persona que integrara la categoría de personas protegidas por la norma legal o por la norma general de prudencia y se tratara de un daño que esas normas tienden a excluir; (3) debiéndose aplicar la existencia de un nexo causal entre una conducta culposa e ilícita y el daño.

Dicha concepción se aproxima, en cierta medida, al duty of care de los anglosajones.

Todas estas explicaciones y aclaraciones las hemos desarrollado en el comentario de El Derecho con el objeto de demostrar, más que un apartamiento del derecho bancario

respecto del derecho común que, en alguna medida, es aceptable y necesario para señalar nuestro distanciamiento de la doctrina civilista nacional que mantiene a ultranza una suerte de subordinación de nuestro derecho positivo al caso francés.

Como dijéramos entonces, este último configura una suerte de “isla” en el concierto jurídico de los principales países de Occidente, por lo que su aplicación a nuestro medio debería hacerse con moderación para que la prudencia que tanto se declama respecto del banquero, no se transforme en imprudencia por parte del intérprete legal.

Se habría cometido, a nuestro entender, cierto exceso en la aplicación del derecho comparado de un país que, como Francia, responde a una idiosincrasia muy particular. Como dice BURGARD -refiriéndose a la vigente ley bancaria de 1984- la estructura del sistema bancario (francés) ha sido construida por la historia. Y no se aprecia la razón de aplicar la historia de otro país, a la nuestra, por consideraciones que la sabiduría de nuestro codificador, pragmático por excelencia, no las hubiera valorado.

El abusivismo en el crédito configura una materia delicada en la cual confluyen múltiples circunstancias no siempre suficientemente objetivas.

Partir de una concepción errónea -a nuestro juicio-, como es la de visualizar un servicio público en la actividad bancaria (o parabancaria) para proyectarla hacia una noción socializante en materia de crédito es tanto como adoptar una postura ideológica que el mundo actual de libre iniciativa rechaza, por dirigista e ineficiente.

19. Responsabilidad del banco por informaciones

El banquero, por su misma profesión, está llamado a acceder a un cúmulo de informaciones, más allá de las habituales que recibe toda empresa.

En esta situación el banquero debe (a) no perjudicar a sus clientes y (b) no violar el secreto bancario.

En general se ha coincidido que este derecho del banquero tiene como objetivo lo que se podría denominar “salud del crédito”. Mediante estas informaciones, se tiende a saber quién es quién, en la plaza, lo que resulta muchas veces decisivo para la operatoria bancaria.

RIVES LANGE et al hacen un distingo, con referencia a la información: si es requerida respecto de un tercero, el banquero puede contestar; pero no es así si el requerimiento se efectúa respecto de un cliente. En este caso se planteará la disyuntiva entre una negativa - que podría perjudicar la imagen del cliente- y una concesión a informar (siempre que no se trate de datos confidenciales). Lo que la práctica bancaria aconseja en estas circunstancias es que el banco solicite la previa conformidad de su cliente para proporcionar la información, tratando de esta manera de salvaguardar su responsabilidad legal.

19.1. Fundamento de la responsabilidad del banco. La doctrina suele hacer una distinción -avalada por la jurisprudencia de otros países- en el sentido de que si la responsabilidad emana del requirente de información o bien, corresponde a la persona sobre la cual se recaba información.

El fundamento de la responsabilidad del banquero es, en opinión mayoritaria, de naturaleza contractual.

RIVES LANGE et al hacen el distingo entre un requerimiento por el cual el banco recibe una comisión (oneroso), supuesto en el que el contractualismo parece manifiesto y aquel otro caso en que es gratuito, el que plantea una variante según se trate de un cliente o, bien,

que el requerimiento sea de un tercero. Para ambos casos estos autores entienden que la cuestión debe mantenerse en el plano contractual, aspecto que se complica en el segundo supuesto (del tercero) por cuanto para que surja ese contrato debería operar por parte del banco una cláusula de no-responsabilidad.

La responsabilidad del banco resulta por inexecución de una obligación de medio. El banco no está garantizando la exactitud de las informaciones que proporciona sino que debe desplegar una cierta diligencia tendiente a que lo que afirmare sea lo más exacto posible. Correspondería agregar que, incluso en Francia (país en el cual, prioritariamente, se han ocupado, la doctrina y jurisprudencia de la cuestión), no hay consenso unánime al respecto. VASSEUR (a quien seguimos en nuestro comentario de RDCO) cita, por ejemplo, dos casos de jurisprudencia que se exhiben como contradictorios. El primero, fallado por la Casación (1973) responsabiliza al banco por su negligencia en informar al cliente en operaciones de importación, ocasionándole perjuicio al serle protestadas letras de cambio que fueron giradas contra el importador francés de la mercadería, el segundo (en sentido contrario al anterior) -resuelto por el Tribunal de Comercio de París (1980) liberó al banco en ocasión de dificultades surgidas a su cliente a causa de irregularidades en el negocio realizado. El tribunal entendió que era carga del cliente tomar la iniciativa en la materia, quedando el banco totalmente ajeno a ella.

19.2. Variantes de la responsabilidad. La responsabilidad del banco opera en razón de la inexactitud de las informaciones, residiendo el perjuicio en la circunstancia de que si el interesado hubiera estado informado correctamente, se habría abstenido de actuar.

En nuestro derecho es de aplicación el artículo 512 del Código Civil, determinando las circunstancias en las que deberá actuarse con mayor diligencia para no incurrir en culpa. En el derecho francés -como ya se ha dicho respecto de su particular enfoque en cuanto a la responsabilidad civil del banquero-, en los supuestos que analizamos se persiste en un criterio de severidad imputando al banco responsabilidad, incluso por su culpa leve. Se ha llegado, asimismo, a sostener por doctrina autorizada que el acto de proveer información es, en todo caso, algo interesado.

No obstante ello, estos puntos de vista deben ser considerados con relatividad debiendo surgir la solución correcta “del caso”, es decir mediante un afinado análisis de las circunstancias que hubieran llevado a proveer la información cuestionada. Así, por ejemplo, RANIERT cita el caso de una información bancaria relativa a la existencia -o no- de provisión de un cheque cuando el informante se limitara a comunicar telefónicamente la existencia de esa provisión sin haberse cerciorado del saldo existente en la cuenta corriente bancaria. Se consideró que en este supuesto había existido culpa grave del banco.

¿Quid si la información errónea hubiera sido proporcionada por un corresponsal del banco? En general, se sostiene que este último no incurre en responsabilidad, salvo en la hipótesis de su culpa in eligendo.

19.3. Continúa. En la hipótesis de la responsabilidad del banco respecto de aquella persona sobre la cual se pide información, se ha considerado que es delictual, tratándose de una persona extraña a esa clase de operatoria.

La responsabilidad del banco puede resultar por haber proporcionado información falsa o difamatoria o, bien, teniendo en cuenta que dicha información era considerada confidencial.

Si se tratara de un cliente, el banco deberá expedirse en forma mesurada y con reserva, sin por ello dejar de referirse a la situación real de la empresa, considerando que cuenta con mejores posibilidades que el resto, a tales fines. Si se tratara de un tercero, el banco debe limitarse a la reputación que tal persona gozare en plaza.

El carácter difamatorio o la falsedad de la información proporcionada acarrea la responsabilidad del banco. También se origina la responsabilidad si ha existido intención de perjudicar por parte del banco, aun cuando la información fuere exacta. En este orden de ideas, alguna doctrina ha introducido la variante del “interés público” en transmitir esa información, por ejemplo, cuando otro banco informa que el solicitante de un crédito se encuentra en situación financiera sin salida. Aquí prevalecería el interés de una buena distribución del crédito, según lo afirmado por RIVES LANGE et al.

Con referencia al carácter confidencial de la información solicitada, se produce la responsabilidad del banco si violare tal obligación, quedando en cabeza de la víctima la carga de la prueba de tal violación.

Se considera que el banco podría, en principio, establecer una “cláusula confidencial” a modo de recomendación estampada en la ficha por la que se proporciona información, para que ésta no fuere divulgada por quien la recibe. No obstante, RIVES LANGE et al se inclinan por mantener la responsabilidad del banco en el supuesto de que tal cláusula no hubiere sido cumplida; ello sin perjuicio de la posibilidad de que el banco accione contra la parte incumpliente de la cláusula.

VASSEUR, en el comentario que hemos citado, analiza el supuesto de responsabilidad del banco al instrumentar en determinada forma la información requerida. En el punto, critica lo que considera como práctica negativa de los bancos franceses en proporcionar información mediante correspondencia escrita, lo cual, por el contrario, es habitual en la mayoría de los bancos de otros países europeos (Alemania, Suiza, Holanda).

En cuanto a la exoneración total de responsabilidad del banco se ha considerado que una cláusula en ese sentido no sería viable, si, como hemos dicho, pudiera limitarse convencionalmente la responsabilidad del banco en las relaciones con su cliente.

20. Otro aspecto de la cuestión

Por último, otro aspecto que ha sido contemplado es el de las “cláusulas de estilo”, como por ejemplo aquella enunciada con la expresión “salvo error u omisión”, estampada habitualmente con las letras (S.E.u O.).

Si bien el caso citado no es privativo de la actividad bancaria –responde a una costumbre comercial generalizada-, la doctrina señala que se trata de una de las modalidades de derecho consuetudinario, de tanta importancia en el plano comercial, particularizada en los llamados “usos bancarios” a los que nos hemos referido con anterioridad.

Como en muchos otros aspectos de la contratación bancaria, en la cuestión habrán de privar consideraciones de hecho que el juez deberá valorar concienzudamente a fin de determinar si esas cláusulas configuran -o no- un nuevo perfil de exoneración de responsabilidad del banco.

20.1. Más sobre el deber de información. Con posterioridad a escribir lo anterior, tuvimos ocasión de leer un muy elaborado comentario de LABANCA desarrollado en torno a un

fallo de la justicia local. Intentando resumirlo, tarea no fácil por cierto.

El fondo de la cuestión a nuestro entender se encuentra visualizado por el voto del juez WILLIAMS que en el considerando 11 dice lo siguiente (entre otros conceptos): “La responsabilidad que la actora le imputa a la demandada por un falso o erróneo asesoramiento, entiendo que queda comprendida dentro del tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad de las entidades financieras por falsas informaciones, en tanto y en cuanto se trata de la relación de especie a género”.

Es así como las informaciones que pueden proporcionar las entidades financieras presentan caracteres o particularidades propias y cabe distinguirlas de las que suministra por contrato, la agencia de informaciones comerciales; las que debe proporcionar el mandatario conforme con el artículo 229 del Código de Comercio y la que hace a la actividad de los corredores, según el artículo 98 de dicho cuerpo legal.

En el presente caso no ha quedado demostrado por el accionante que haya existido un asesoramiento falso o información de igual entidad, más todavía cuando ni una ni otra resultan vinculantes y, tanto es así, que el propio accionante modificó el pedido originario por la comunicación “A” 137 (del BCRA), ya autorizado y se presentó requiriendo los beneficios de la Comunicación “A” 192. De ésta desiste, ni la cuestiona, y procede a iniciar una nueva adquisición de bonos externos cuyo resultado económicamente perjudicial, para el actor, lo pretende hacer recaer sobre la entidad financiera. Por lo demás, la decisión definitiva era del BCRA.

“La responsabilidad aquiliana sólo procede en el caso de dolo o culpa grave de la entidad financiera, debiéndose tener presente en su evaluación lo dispuesto por el artículo 512 del Código Civil, máxime cuando se trata de un acto que efectúa el banco a título gratuito”.

Conviene retrotraer la cuestión a los hechos, para comprenderla mejor.

El actor había recibido un préstamo en dólares, hacia principios de 1982 y con vencimiento el 26 de julio de 1983. Posteriormente, presentó al banco demandado un formulario de consulta sobre “seguro de cambio” (que constituye el tema de conflicto), en cumplimiento de lo dispuesto por la comunicación “A” 137 del BCRA, la que fue modificada a continuación por la Comunicación “A” 192.

En cumplimiento de esta última, el demandante presenta el nuevo formulario exigido 3678 y procede a efectuar el depósito establecido por la disposición legal vigente, recibiendo del BCRA una respuesta afirmativa en el sentido de que el seguro de cambio quedaba concertado; pero el actor, a continuación, desiste de la operación de seguro. Sin embargo, la compra de bonos que había sido presentada por el actor en otro formulario, ahora 3687, es aceptada por el BCRA, pero con una modificación de importancia: el precio de venta de los bonos no sería el citado por la referida comunicación, sino aquel del tipo de cambio que rigiera cuando se efectivizara la operación (el que fue sustancialmente mayor originando una diferencia que, ahora, el actor reclamará instaurando demanda judicial contra el banco interviniente).

Como el actor paga al banco con un cheque cuyo importe es igual a la suma devuelta por el BCRA, en calidad de restitución del depósito original, el accionante, por la diferencia de precio antes consignada, recibe una cantidad de bonos inferior para pagar su deuda con el exterior; es decir, se siente perjudicado por lo que -entiende- habría sido una conducta informativa disvaliosa, por el banco demandado.

20.2. Análisis técnico-jurídico del tema. A esta altura del discurso, conviene repasar dos

aspectos: por un lado, las particularidades del “seguro de cambio”; por el otro, la fundamentación en la cual LABANCA intenta apuntalar su criterio, sobre la base de la normativa civilista vigente.

En el primero de ellos, apelamos a lo expuesto por AISENTEIN cuando sostiene que en el seguro de cambio el concepto de “riesgo” asume otra modalidad y tiende a otra finalidad que la típica del seguro: hay una intervención publicística del BCRA a efectos de superar, mediante ciertos recursos técnicos, el grave problema de la falta de divisas extranjeras para cumplir con obligaciones asumidas por los deudores locales, intentándose minimizar las presiones ejercidas en la plaza por el deterioro del sector externo, en los últimos años.

Esta incuestionable facultad de la autoridad de contralor del sistema financiero nacional tendía a que, actuando como aseguradora del cambio, procurar una función amortiguadora de los serios problemas de confianza internacional que acarrearía el no cumplimiento de obligaciones legales en cabeza de los deudores locales.

Estos conceptos, someramente expuestos, fueron desarrollados con abundante aporte de doctrina extranjera en la sentencia citada, sin que por ello se agregue un ápice a la figura del “control de cambio”, que domina la materia, como reza uno de los párrafos: “En el presente caso el control de cambio influye en la forma de la liberación del deudor conforme al contrato en cuanto determina un régimen opcional, según las comunicaciones citadas, para saldar la deuda contraída con el acreedor extranjero”. De ahí que el deudor no pueda sustraerse al cumplimiento de la obligación, ni pedir la resolución del contrato.

En el segundo aspecto, LABANCA señala que llega a la misma conclusión que la sentencia, pero transitando un diferente camino: “No existe relación contractual entre el deudor y la entidad interviniente y ésta actúa por cuenta y orden del BCRA-. El deudor nacional que recurre al banco para impulsar la compra de bonos no se encuentra frente a su propio mandatario, sino frente al representante del BCRA. Por eso, no puede reclamar por la infracción de un deber resultante -de una- relación que no corre entre él y la entidad interviniente”.

Más adelante, el mencionado autor profundiza la vis jurídica de la cuestión, ubicándola en el artículo 931 y siguientes del Código Civil: un probable emisor de un acto jurídico (el deudor local) y otra persona (la entidad) que “puede” hacer (informar con falsedad) u omitir (disimular la realidad) para conseguir la ejecución de un acto (presentación del formulario 3678 Y -depósito del precio).

Pero LABANCA no se detiene en el citado artículo y sus consecuencias, sino que –a modo de un tiro por elevación- sugiere que por “detrás” de esa norma se encuentra el enunciado prohibitivo de “no engañar”. Adopta, entonces, una postura diferente a la del juez reconocible en el ordenamiento jurídico; pero sí un deber de no engañar, alcanzable desde las normas positivas citadas. (Comprende también dentro de éstas al artículo 2009 de ese cuerpo legal preceptuando la sanción en caso de recomendación dolosa sobre solvencia)

En nuestro concepto -quizá más sencillamente-, lo decisivo es la figura del seguro de cambio, en cuanto a su naturaleza, limitaciones y alcance.

Dudamos que la responsabilidad del banco –tercero realmente en la relación “Banco Central-deudor local (cliente del banco)- en razón de un deber de informar, tenga asidero en las normas civilistas las cuales, por cierto, no han previsto, ni de lejos, que el banco dejare de ser un “buen profesional”, presuponiendo inexorablemente su actuar de buena fe.

Estamos operando en una materia de Derecho Público Bancario -nos guste o no-, en la que predomina el interés del sistema financiero en su totalidad explicitado a través de circulares del BCRA (sin entrar a discutir su procedencia o no, que es otra cosa), que el deudor local

“debe” cumplimentar sí o sí y respecto de las cuales la entidad financiera interviniente no cumple mucho más allá de una función de transmitente.

La responsabilidad del banco demandado quedaba, entonces, bien alejada de su accionar específico respecto de su cliente deudor-local.

21. Responsabilidad de la banca transnacional en el otorgamiento de crédito.

Después de haber finalizado la redacción de este capítulo apareció con considerable retraso la publicación de un comentario de BERGEL bajo el título “Responsabilidad civil de la banca por los dolos causados en la concesión abusiva de crédito a los países de la región”. Dada la trascendencia del tema entroncado, por una parte, con el concepto de “banco-empresa” y por la otra con la relación “prestamista –prestatario”, vamos a formular nuestros puntos de vista fundados en nuestro conocimiento y además, apuntalados por nuestra experiencia en el BCRA durante el periodo al que se refiere el comentario.

21.1. Nuestro punto de vista. Comenzaremos por señalar nuestra discrepancia con la tesis sostenida por BERGEL. El comercialista argentino evidencia un marcado acento ideológico en la cuestión, producto probablemente de esa su “concepción del mundo”, a la que, de manera más o menos reiterada, nos hemos referido con anterioridad.

Hay un sentimiento “anti-banco” que alejándose del banco como “empresa” se manifiesta periódica o cíclicamente por los investigadores de la cuestión; sentimiento que tuvo una marcada vinculación con la izquierda política. Ese sentimiento –y esa ideología- quedó acentuado después de la Segunda Guerra Mundial, en Francia; aunque debemos consignar que, posteriormente, la sensatez pragmática de los franceses les hizo revisar su “anti-banquismo”. Pero éste quedó como pegado a la jurisprudencia de ese país(y en menor medida en Bélgica), en torno a la noción de “culpa” que coloreó en su mayor parte la base argumental de los fallos dictados”.

No estamos – ni estaremos, acudiendo en defensa de la banca transnacional. Simplemente diremos que la banca, en general, se ha visto definitivamente conceptualizada como “empresa” superando el híbrido “servicio público” con el que se la ha querido confundir, más de una vez; no se debe hipersimplificar –como lo ha hecho BERGEL en su comentario- el problema, prefijando la responsabilidad civil de la banca transnacional en el otorgamiento de los créditos que, después, constituirían la deuda externa (pesada y gravosa) de los llamados “países de la región” queriendo exculpar con ello a éstos, en general malos prestatarios, más allá de esa declamatoria soberanía que les otorgaba cierta particularidad como “clientes” del banco.

Ni lo uno ni lo otro.

Tratando de poner las cosas en su sitio diremos que en realidad la banca transnacional, en cierto modo se obnubiló frente a una exagerada rentabilidad de los créditos concedidos con cierta ligereza desde el punto de vista técnico; además el panorama se vio complicado por la voracidad de los intermediarios, generando jugosas comisiones non sanctas.

Por el lado de los países prestatarios, posiblemente sobrevaloraron su soberanía - incuestionable, pero quizá no tanto como clientes- en forma no sensata, pasando por alto que ese dinero que iba a ser tan costoso debía ser empleado con prudencia y sentido común, en defensa de los intereses nacionales. Que no lo hicieron.

21.2. Consideremos, brevemente, los argumentos expuestos en ese comentario. Como fundamento, BERGEL formula, primero, valoraciones de orden económico; luego, pasa a las jurídicas.

“Las exigencias financieras extraordinarias generadas por la cuadruplicación de los precios del petróleo en 1973/74 y su multiplicación por dos veces y media, de nuevo, en 1979/80, determinaron un enorme flujo de dinero a los países industrializados que captaban los depósitos de los países petroleros. Estos fondos necesitaban ser invertidos. De esta forma el 'reciclaje' se convirtió en un servicio más que la banca privada internacional prestó a los países desarrollados”.

Se produjo entonces una verdadera competencia (en el sentido de competitividad) entre los bancos, para colocar rentablemente sus fondos; en otras palabras, de un crédito considerado como recurso que se pasó, más bien, a un “producto” colocado a prestatarios menos confiables o países que ofrecían un mayor riesgo.

De acuerdo con la información técnica suministrada por organismos especializados, “los bancos se excedieron en sus compromisos, según las normas del Comité Revisor Interagencial de Compromisos con países de EE.UU. de América”.

El autor -posiblemente olvidando su tesis tan drástica en contra de la parte prestamista-, alude a que en los créditos “participaron no pocos gobernantes inescrupulosos e irrepresentativos, que por aquel entonces constituían mayoría en los países subdesarrollados”. Y termina con el pensamiento de otro autor, a quien cita (DEVLIN), quien dijo que únicamente, una disponibilidad demasiado amplia de financiamiento termina siendo tan perjudicial como la insuficiencia de crédito.

En la parte final de su sustrato económico BERGEL alude a “los beneficios excesivos, causa de la conducta desaprensiva”. Más adelante cita que “estas jugosas ganancias obraron como un fuerte incentivo para el ingreso de nuevos bancos al mercado de crédito de consorcio”; indicando, con ello, la modalidad consorcista que caracteriza a la intervención de la banca transnacional, con toda la implicancia que ello tiene, derivada de la parte que dirige el consorcio y fija sus condiciones.

21.3. De esta valoración económica, que indudablemente tiene visos de significación, el autor pasa a la mucho más débil fundamentación jurídica, con la inteligencia de adecuar ciertos conceptos de derecho privado a un tema tan particular -por no decir, excepcional- como es el de estos préstamos de la banca internacional.

BERGEL parte del concepto -¿preconcepto?- de la crisis de la deuda externa: el prestamista prestó exageradamente y con ligereza de criterio a un prestatario cuya solvencia soberana no fue tal y éste, con la inexorabilidad del tiempo, no pudo pagar su deuda.

El análisis jurídico de la cuestión comienza bien, en su párrafo “conductas reprimibles a nivel de responsabilidad por daños”, en el que alude; a cierta cuota: de falta de responsabilidad del banquero en el otorgamiento de sus créditos.

Pero continúa mal, en el párrafo siguiente bajo el subtítulo “La responsabilidad del banquero por la concesión de crédito”. Se sumerge -permítasenos la expresión gráfica- en una nebulosa “misión de servicio público que realiza el banquero”, con cita de NIGRO, prestigioso jurista al cual ya nos hemos referido en este capítulo, pero que parece no haber estado muy acertado con esa invención de los italianos respecto del “abusivismo” en los

créditos.

Ya hemos tratado la cuestión en este capítulo por lo cual pedimos disculpas al lector, para no caer en lo fatigoso. Pero resulta manifiesto que BERGEL sí bien ha seguido los carriles de la doctrina francesa -dura- ha errado en lo que concierne a los lineamientos del pensamiento belga, cuando dicho autor cita a CUIGNET y VAN OMMESLAGHE, autores que se separan, prudentemente, del “sancionismo” galo para ubicarse, mejor, en la realidad bancaria concerniente al informe del cliente de banco y la plétora de subjetivismo que lo enmarca. Como decía el ilustre GORLA, “ no hay que comparar lo incomparable”.

Todo el resto que menciona BERGEL desde el ángulo del derecho privado no merece comentario alguno, por cuanto no procede su extensión a una materia tan excepcional como es la deuda externa, caracterizada sociológicamente por rasgos muy particulares que exceden lo privatístico, con holgura y se sitúa, como se ha dicho, en esa posición muy singular como para que esa visión jurídica privada, generalmente herrumbrosa, la enfoque. El siguiente párrafo del comentario debería ser considerado como risueño (dicho esto respeto), con la cita de una ponencia de GRELÓN en el Primer Congreso Americano sobre Aspectos Jurídicos de la Deuda Externa (Lima, marzo de 1986)

Al parecer el ponente se queja de la ausencia(?)del derecho en las soluciones del problema: “Las presiones -dice- son financieras,- económicas y políticas”. Habría que preguntarse si el autor de esa ponencia reflexionó, siquiera medianamente, sobre lo que es el derecho bancario.

Más adelante BERGEL arremete contra la banca (y, repetimos, no estamos defendiendo al banquero a ultranza sino señalando la realidad de nuestros días, en una materia conflictiva), cuando dice: “Conforme se puede apreciar, ya sea aplicando la ley del país en. que se domicilia el acreedor, la del domicilio del deudor o la lex mercatoria, en todos los casos es admitida la responsabilidad del banquero por daños causados al conceder créditos abusivos. Tal responsabilidad pertenece(?) a los principios más elementales del derecho y es universalmente reconocida por los países del derecho codificado, así como por los se rigen por el common law (pág. 24, el interrogante es nuestro).

21.4. A modo de conclusiones podemos decir que hemos tratado con objetividad una controvertida cuestión, como es la deuda externa de los países de la región, con indudables repercusiones políticas y sociales en sus pueblos.

Siguiendo nuestros puntos de vista enunciados al considerar la responsabilidad civil del banquero, entendemos que tales criterios son aplicables al caso; no olvidando que el banco es una “empresa”, no un servicio público.

En esta cuestión que hemos considerado hay matices, como hemos visto, que configuran un panorama singular: la poca responsabilidad de la banca transnacional en el otorgamiento de los créditos y la misma falta de responsabilidad de los países prestatarios en recibirlos; cuando no, en aplicarlos con sentido positivo al mejoramiento de su población.

Pero la tesis simplista -peligrosa- de BERGEL (recuérdese lo que le pasó al Perú al disponer la suspensión del pago de su deuda externa), no podría ser compartida por no responder, ni medianamente, a los lineamientos generales del Derecho Bancario de nuestros días, influenciado permanentemente por decisiones políticas en todo sentido, hasta el punto de cierta “desjuridización”, como algún doctrinario (curiosamente, francés) lo explicitara.

La nulidad del pago de la deuda externa, como propicia BERGEL, es una posición extrema de manifiesta connotación ideológica y que en la práctica, por lo menos hasta ahora, no ha

tenido repercusión alguna.

La culpa concurrente de los países prestatarios de la región los debe instar a la búsqueda de soluciones imaginables y posibles, para renegociar esa deuda y esto dentro del marco de un orden jurídico internacional, un tanto empaldecido pero, aún, vigente.

CAPÍTULO III SECRETO BANCARIO

22. Generalidades

Este instituto es a modo de consustanciación con la operatoria bancaria, naturalmente, dentro de ciertos límites, por cuando hace a la confianza que debe regir en la relación cliente-banco.

MOLLE dice bien que se efectiviza no solamente en el plano de las relaciones contractuales que ambas partes pueden mantener sino que aun se hace extensivo en oportunidad de que el cliente requiera la opinión o consejo del banquero.

Dispuesto en la legislación bancaria internacional como secreto bancario o secreto financiero e, incluso, como confidencialidad bancaria, integra esta operatoria aun en la hipótesis de no contarse con una normativa expresa al respecto (como ocurre en los casos de Inglaterra, Bélgica y Holanda). Ello es demostrativo de que, sin perjuicio de su explicitación normativa, el secreto bancario se adecua al que hacer de los bancos, probablemente en defensa de la intimidad de la persona sobre la cual como dijera LA ROCHEFOUCAULD, “aquél a quien confíes tu secreto, deviene dueño de tu libertad”.

Otro autor, italiano, ha dicho que se trataría de una praxis constante y extendida a todas las relaciones de la empresa bancaria. El sentido último radica en consentir al titular del secreto el derecho de libertad para excluir otros sujetos, sancionando de manera jurídicamente relevante la exclusión de éstos respecto del conocimiento de determinadas noticias.

Este punto de vista ha sido cuestionado, en cierta medida, en los últimos tiempos (precisamente en Italia), al sostenerse por vía preliminar la comprobación de un elevado grado de conflicto o, cuando menos, de falta de recíproca comprensión, entre los dos interlocutores que se confrontan. La empresa-banco (y ya no se cuestiona el sentido de empresariedad en el banco), opera notoriamente en términos lógicos y estrechamente interdependientes -dinero e información- ya sea en la fase de captación del ahorro, o bien, de ejercicio del crédito. Este autor apunta al posible riesgo de una ulterior escalada de rigidez entre ambas posiciones.

La doctrina francesa -probablemente con un enfoque más concreto de la cuestión y, quizás al mismo tiempo menos relevante habla de un “deber de discreción” en cabeza de los bancos; cuyo desconocimiento puede dar lugar a responsabilidad civil, CABRILLAC y MOULY sostienen que los interesados no se resisten a asumir una obligación de esa índole, por cuanto es de naturaleza tendiente a suscitar la confianza de la clientela. El secreto profesional (aplicando el concepto en sentido lato) otorga a quienes está sometido a él un pie prestigio que lo aleja, seguramente, de cualquier amenaza que pudiera pesar: el ejemplo- suizo (aludiendo a la aplicación en el terreno bancario) configura un testimonio elocuente.

23. Continúa

WILLIAMS siguiendo a GULPHE formula cierta crítica a esa concepción de insertar el secreto bancario dentro de la más, amplia de “secreto profesional” al que se lo vincula con la calidad de confidente necesario de quien recibe la información, recayendo la obligación del secreto en aquellas personas, que son receptoras de la misma.

La postura crítica del mencionado autor, nacional no pareciera ser suficientemente esclarecedora si se parte del presupuesto de que el banquero es considerado, habitualmente, un profesional. Todo dependerá, entonces, de este último concepto referido a otras actividades como pueden ser del abogado o el médico o el sacerdote, dentro de sus respectivas órbitas de actuación.

Se trata de matices en la vida de relación determinantes a la postre, que el “secreto” implique un mayor o menor grado de confidencialidad parte de la persona o cliente que actúa con la consiguiente dosis de discreción en la persona del profesional que lo recepta. Las referencias que se hacen a los artículos 156 Código Penal y 441 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son meramente relativas. Trátase de enfoques particulares de cada una de esas ramas del derecho que por tanto, no transitan por la órbita civilista de la responsabilidad del banquero (por lo menos en estas circunstancias), mucho más flexible y cambiante que aquella determinada por una conducta reprochable (penal) o testimonial (procesal).

Otros autores, como GAVALDA y STOUFFLET, manifiestan que el interés del banquero, a pesar de lo que se aparenta no se encuentra en oposición con el de sus clientes: “Los bancos ven en primera instancia valorización de la profesión bancaria... El Secreto profesional es en cierta medida testimonio de respetabilidad” agregan.

Sin embargo la cita que a continuación formulan es cuestionable: a) la explicación de que el secreto bancario atrae a los capitales internacionales -mencionándose como ejemplo el secreto bancario suizo- ha sido controvertida por comentarios de especialistas en la materia al decirse que el flujo constante de fondos extranjeros a Suiza no constituye una evidencia de que el secreto bancario sea su razón de ser, sino la estabilidad honorabilidad y contabilidad de ese país lo que constituye factores decisivos para las inversiones. Además SCHUSTER (Director del Instituto de Bankwirtschaft Hochschule de St. Gall) expresó que sería muy deseable desmitificar este instituto del sistema bancario suizo, cesar de considerar al secreto bancario como una institución sagrada.

b) La referencia que los autores franceses citados hacen de otro país que había legislado el secreto bancario con cierto rigor -Líbano- constituye hoy un nostálgico recuerdo de esa región, evidenciando la impronta política en todo lo bancario.

c) Cabe hacer remisión a la preservación del secreto bancario, en los casos de una plaza financiera off-shore.

Al respecto dice Olivera García que será muy difícil que se desarrolle una plaza financiera de esas características en aquellos países que no aseguren a sus inversores el beneficio del anonimato.

24. Fundamentación del secreto bancario

Los fundamentos en que se basa el secreto bancario han sido controvertidos en la doctrina nacional, considerando las disímiles opiniones vertidas.

WILLIAMS -cita de LABANCA- desarrolla conceptos de este autor: “Si se trata de establecer el bien jurídico al que la prohibición de revelar obedece, y que la norma del artículo 39 de la ley 21.526 'es manifiestamente similar al artículo 33 de la ley 18.061, antecesora de aquélla. Y siendo iguales ambas normas no parece serio sostener que el bien jurídico tutelado por el secreto establecido en una, sea distinto del instituido en otra. De aquí que sea legítimo, en tren de referirse a expresiones del legislador, preguntarse qué finalidad dijo perseguir el autor de la ley 21.526... Parece, en consecuencia, de toda procedencia referirse a las expresiones del legislador de la ley 18.061 para establecer cuál sea el bien jurídico que se propuso proteger al instaurar la prohibición... En la Exposición de Motivos de esta última se señalan dos órdenes distintos de razones que inclinan en nuestro país hacia la necesidad de una norma escrita que regule el secreto. Las razones que tiene el legislador son, a estar a sus propias afirmaciones, económicas y jurídicas. Desde el punto de vista económico la obligación del secreto refuerza la confianza del público en las entidades financieras, cooperando a la obtención de un alto porcentaje de depósitos... En cuanto al punto de vista jurídico puede sostenerse que tiene raíz constitucional. En particular, guarda relación con la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados...”

Por último, LABANCA agrega que ese derecho está protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por su parte, WILLIAMS hace referencia al artículo 57 del Código Comercio, calificando que esa fundamentación “resulta idéntica a la que se ha dado con motivo de esa norma” estableciendo una prohibición en el sentido de que ningún juez o tribunal pudiera hacer pesquisa de oficio para inquirir si los comerciantes llevan o no libros arreglados.

El pensamiento del autor citado -previo a sostener su opinión- formula sendas críticas a los puntos de vista sostenidos por BELTRÁN (en El Cronista Comercial del 4.11.85), por el ex diputado nacional CAMISAR (como miembro informante del proyecto de ley por el que se reformara el Título V de la ley 21.526 y los artículos 8º, 46 y 48 de la ley 17.811) y por nosotros.

Respecto del primero de los nombrados, la crítica de WILLIAMS es de índole implícita por cuanto BELTRÁN, al expresar la inconstitucionalidad del levantamiento de los secretos bancario y bursátil en virtud de la ley 23.271, está afirmando que las disposiciones conculcadas son los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; criterio que no es compartido por el autor a quien seguimos en esta exposición.

Respecto de CAMISAR quien sigue a GARRIGUES y encuentra el fundamento del instituto en los usos y costumbres derivados de la naturaleza del contrato bancario, como una relación de confianza nuestro crítico alude (no muy claramente) a cierta confusión que se habría planteado entre fuente del instituto y fundamentación del mismo, probablemente debido a que no existiera en España una norma legal de carácter general estableciendo el secreto bancario.

Con referencia a nuestra opinión WILLIAMS la califica como vaga; agregando que “las excepciones al secreto bancario quedarían sometidas a una interpretación ajena al texto legal y, en ese caso, existiría una decisión contra legem que afectaría el derecho de la defensa en juicio”.

Desarrollando su pensamiento; WILLIAMS entiende que ni el secreto bancario, ni el de los libros de comercio, se sustentan en las cláusulas constitucionales invocadas por los autores

preopinantes. Su punto de vista alude a la existencia de un secreto comercial (invocando en este sentido la autoridad de BEDARRIDE), el que se encuentra protegido por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

En esta exposición se advierte que los puntos de contacto de las diferentes opiniones vertidas no son tan contradictorios entre sí.

Véase que los usos y costumbres hacen a la naturaleza, precisamente, de ese comerciante descrito por el autor francés a la usanza del siglo XIX, que trata de mantener el éxito de sus negocios preservándolos de la actuación de sus competidores: en esto podría haber consenso general más allá o más acá de esa inviolabilidad de los papeles privados establecida por los constituyentes del 53, cuando la actividad bancaria en nuestro país era casi incipiente, por no decir inexistente.

En cuanto a la mención que WILLIAMS hace de nuestro comentario, no pareciera acertada; por incompleta.

Sin que interese, mayormente, insistir en el diferendo doctrinario, conviene transcribir la iniciación del punto 8 de nuestro trabajo: “En conclusión puede sostenerse que el fundamento más sólido del secreto bancario parece radicar en los “usos bancarios”. Es uno más que se inserta en la relación “cliente-banco” con manifiesta obligación de este último como ha ocurrido con los restantes usos, pero ahora acusando cierta impronta que le llega del otro término de esa relación: el cliente.

Nuestro parecer ha ido siguiendo lo que podríamos llamar la tradición bancaria a través de los tiempos, lógicamente matizada en la actualidad por la operatoria bancaria.

Si esa tradición puede verse conexas con aspectos o cláusulas de nuestra Constitución Nacional, configura no mucho más allá de un cierto enfoque interpretativo que, en cierta medida, queda referido a la concepción del mundo del jurista. Pero parece indudable afirmar que la confianza propia y connatural de los negocios bancarios se encuentra inserta en esos usos y costumbres que la doctrina más autorizada -MOLIE, GARRIGUES, COTTELY, SUPERVIELLE SAAVEDRA y otros- ha enfatizado, independientemente de que la norma del secreto bancario se encuentre expresa o implícita en el derecho positivo de cada país.

El secreto comercial -al que alude WILLIAMS- es mucho más amplio y por ende, más difuso, que el secreto bancario.

Obviamente, no por ello el banquero deja de ser un comerciante; pero es, además, un profesional -un “buen profesional”, al decir de la doctrina francesa-, que no sólo opera con su cliente sino que en la hora actual le proporciona valiosos servicios a los cuales la discreción puede llegar a ser decisiva o, cuando menos, coadyuvante.

25. Sujetos activo y pasivo del secreto bancario

El concepto del instituto connatural con la actividad bancaria fue desarrollado por la Casación italiana en una sentencia del 18/VII/74 que traducimos (parcialmente): “Si bien es verdad que el artículo 10 de la ley bancaria (italiana) tutela al banco en relación con los órganos de control y no más que a los clientes en relación a su banco, ambas tutelas llegan a converger: la clientela que encuentra una defensa, si bien indirecta, no menos eficaz, dentro de la esfera de secreto que el ordenamiento acuerda a las entidades financieras, a modo de un servicio socialmente reconocido; el banco, a su vez, viendo reforzada su posición respecto de la prohibición de que los terceros tomen conocimiento de sus

relaciones con la clientela. Hay una suerte de connaturalización con la propia función crediticia y con esta práctica constantemente seguida se ha formado un uso que es vinculante como fuente de derecho e integrador de los contratos estipulados con los clientes”.

La jurisprudencia local no ha tenido oportunidad de pronunciarse a menudo en la materia. Sin embargo puede mencionarse un fallo de la C.S.N. (del 7/10/80 en autos “Banco de Londres y América del Sud c/Dirección Provincial de Rentas”) en el que se sostuvo que “el secreto bancario es un privilegio fundado en el interés público que tiene como beneficiarios a los clientes del banco y no a éste; no pudiendo extenderse en forma indiscriminada amparando a la institución bancaria con respecto al control directo de su actuación como sujeto de obligaciones impositivas, frente al gravamen de sellos, pues se trata de un área ajena al deudor de reserva y que no se traduce en concreta violación al mismo”.

Este fallo que mereciera el comentario de LABANCA al que hiciéramos referencia en el párrafo 24, fue analizado desde otra perspectiva por OTERO considerándolo como una confirmación del secreto bancario dado que el instituto se exceptúa respecto de las informaciones de inversionistas y tomadores de fondos, pero referido solamente al impuesto de sellos y no extensible a otros gravámenes, como el impuesto a las ganancias y sobre los ingresos brutos.

Además de lo que ya hemos señalado sobre los fundamentos y alcance del instituto, nos parece impropio su referencia como “privilegio” (independientemente del posible error técnico-jurídico) cayendo en una valoración que no corresponde máxime si se tienen en cuenta los abusos en que, con carácter casi mundial, se ha incurrido en su práctica.

26. Excepciones al secreto bancario

La doctrina ha considerado diversos supuestos para el caso: a) cuando las informaciones son requeridas por personas que, con el cliente del banco, comparten la protección del secreto; b) cuando este último releva al banco de su deber de discreción, ya sea expresa o tácitamente; c) cuando el interés (privado) del cliente deba ceder frente a otros intereses de jerarquía superior.

En este último supuesto cabe mencionar al artículo 298 de la ley 19.551 que instruye al síndico del concurso para efectuar la averiguación de la situación patrimonial del concursado, considerándolo en forma expresa como un deber.

27. Excepciones previstas por la ley 21.526 (reformada)

La ley 24.144, instaurando la nueva Carta Orgánica del BCRA, comprendió asimismo otros aspectos, reformando en su artículo 3º (principal) algunos artículos de la ley 21.526, de entidades financieras.

Así el Título V, “Secreto”, de la misma, regulando las nuevas disposiciones en los artículos 39 y 40 de ese cuerpo legal.

El artículo 39 dice: “Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que se realicen”.

“Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran: a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas; b) El Banco Central de la

República Argentina en ejercicio de sus funciones; c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales, sobre la base de las siguientes condiciones:

- Debe referirse a un responsable determinado;
- Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable y
- Debe haber sido requerido formal y previamente”.

Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso.

“d) Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del Banco Central de la República Argentina”.

El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que llegan a su conocimiento.

El artículo 40 dice: “Las informaciones que el Banco Central de la República Argentina reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial”.

Con referencia al caso a) WILLIAMS dice que el requerimiento formulado a la entidad financiera debe ser preciso y vinculado de manera estricta con la naturaleza de la cuestión que se debate.

En el criterio del autor citado este inciso prohíbe la citación como testigo al representante legal de una entidad financiera en cuanto se trate de juicios civiles o comerciales, ya que en forma expresa se refiere a la prueba de informes. En la cuestión las opiniones están divididas y así lo señala el propio autor en una nota en la cual alude al parecer de SUPERVIELLE SAAVEDRA, como abonando su tesis.

Si se lee correctamente a este autor uruguayo, no es tan así, por cuanto el desarrollo del párrafo 304 de su obra El depósito bancario se mueve entre opiniones divergentes de autores franceses (GULPHE y SACKER) y de un tercer autor suizo (CAPITAINE).

A simple título recordatorio transcribimos una parte de la opinión de GULPHE: “Si bien no es dudoso que un banquero puede, con todo derecho, prevalerse de una dispensa de testimoniar cuando es citado en un proceso civil no puede, por otra parte, admitirse que deba obligatoriamente guardar silencio en cualquier circunstancia. Es muy cierto, en efecto, que no pueda rehusarse a testimoniar si la parte que ha recurrido a sus servicios se lo pide expresamente o si se limita a consentir”.

Nosotros creemos que el esclarecimiento de la verdad legal (con todas las limitaciones o deformaciones que puede registrarse en el deber de ésta), corresponde a que prevalezca más allá de la confianza, connatural en la relación cliente-banco, indiscutible. Pero el trasfondo de privacidad que late en el secreto bancario no puede obstar a los lineamientos del debido proceso legal (civil o comercial), instaurado precisamente como garantía de la persona, sobrepasando con seguridad la legítima defensa del patrimonio de cada uno.

El caso b) parece referirse a un supuesto más evidente que el anterior en cuanto deriva de la facultad de contralor que tiene el Banco Central, en el sistema: oponer el secreto bancario sería una contradicción lógica manifiesta. Enfatiza lo anterior la opinión de CORRIGAN referida a uno de los sistemas bancarios más liberales del mundo -el de la Reserva Federal de los EE.UU. de América-, cuando expresa como una de la trilogía de funciones de un banco central aquella de una visión amplia del sistema financiero. Respecto del caso d) puede decirse que las entidades financieras han sido, en principio, renuentes a proporcionar las informaciones comerciales que se les solicitara, intentando de esta manera cubrirse ante una eventual acción por daños y perjuicios. Sin embargo, cabría recordar que este aspecto

ha sido reglamentado por la circular B.961 del BCRA.

28. Secreto bancario y secreto fiscal

Como se ha dicho, pasaremos ahora a considerar el caso sub c), de modo particular por la importancia de la limitación que establece respecto del secreto bancario.

El asunto se vincula primero, cronológicamente hablando, con el artículo 105 de la ley 11.683 (t.o. en 1978), que dice: “Los organismos y entes estatales y privados, incluidos bancos, bolsas y mercados, tienen la obligación de suministrar a la Dirección General, a pedido de los jueces administrativos a que se refieren los artículos 9Q y 10, todas las informaciones que se les soliciten para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo”.

La información solicitada no podrá denegarse invocando lo dispuesto en las leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado la creación o rijan el funcionamiento de los referidos organismos y entes estatales o privados.

Los funcionarios públicos tienen la obligación de facilitar la colaboración que con el mismo objeto se les solicite y la de denunciar las infracciones que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de las sanciones que pudieren corresponder.

En este conflicto entre el amparo otorgado por el secreto bancario, por un lado, versus el deber de información por razones fiscales a la D.G.I., por el otro, ha habido pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia nacionales. Nos referimos al comentario de LENA PAZ al dictamen de la Procuración del Tesoro y al fallo de la C.S.N. en los autos “Argencard S.A. c/Gobierno Nacional”.

El autor antes mencionado fija la prevalecencia del criterio de *lex speciale* en materia interpretativa, que en sucesivos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia sería refirmado con posterioridad; diciendo que quedaría excluida toda posibilidad legal de que la D.G.I. pudiera exigir a una entidad financiera el suministro de datos de carácter general e indeterminado. En el dictamen citado se alude, también, que en los casos límite que pudieran originarse en la materia deberían privar lo emergente del secreto bancario “atento los altos intereses que tutelan los artículos 39 y 40 de la ley 21.526”. En cuanto al fallo de la Corte -en síntesis-, expresa que respecto de las informaciones recibidas por la actora con relación a los servicios que presta, debería considerarse como extendido el ámbito de aplicación del artículo 39 de la Ley de Entidades Financieras, al caso de autos, no obstante que dicha sociedad no se encontrara técnicamente comprendida dentro de los sujetos que mencionan los artículos 1º, 2º y 30 de la ley 21.526.

29. Nuestra opinión

La hipótesis que estamos considerando fue estudiada por nosotros en oportunidad de un comentario al fallo “Fontana, Oscar c/ Domínguez, Juan” en el que dijo: “Está amparada por el secreto -bancario la declaración de bienes efectuada en oportunidad de la apertura de la cuenta corriente bancaria”.

Dejando de lado los fundamentos del instituto que ya hemos expuesto, consideramos oportuno transcribir algunos párrafos de ese comentario:

El desconocimiento de los 'límites' del secreto bancario ha dado origen a serios conflictos

en los cuales aflora la ilicitud (civil y penal) amparados por bancos que parecieran ignorar o pasar por alto cuál es su función dentro de la sociedad contemporánea y qué espera el Estado (en los países de economía de mercado), de ellos.

¿Qué dirían los ingleses respecto de su criterio de 'reputación' en la plaza bancaria (que nos parece excelente), cuando leyeran el triste comentario de FALCO sobre la conducta de algunos bancos estadounidenses 'gestionando' los negocios del narcotráfico, amparados en ese secreto que pareciera constituirse en omnipotente?.

Varios años después de escribir lo antes expuesto, nos encontramos con una secuela del tráfico de drogas, con evidente repercusión en la operatoria bancaria: el lavado de dinero proveniente de esa actividad ilícita y que según un ensayo de MURPHY del año 1986 producía dinero por valor de 50 a 70 billones de dólares; apreciándose que un tercio de ese total salía de los EE.UU. de América en forma de moneda legal, mediante transferencias por canales financieros

En el país norteamericano la principal fuente legal del instituto es la “Bank Secretary Act”, acompañada por la “Currency and Foreign Transactions Reporting Act”. Esta legislación requiere que las instituciones financieras mantengan informes y antecedentes con respecto a transacciones en moneda local y extranjera por las personas que entren o salgan del país. También se requieren informes de cuentas bancarias de extranjeros, por un importe superior a U\$S 5.000. El delito de lavado de dinero es, por lo tanto, la violación de esos requisitos de información.

Retomando específicamente al tratamiento del secreto bancario, con toda la prudencia que exige la mención del derecho comparado, constituye una referencia de interés lo fallado (derecho inglés) por el juez Lord en el caso “Tournier”: “En mi opinión decía el juzgador, es necesario en un caso como el presente advertir al jurado cuáles son los límites y cuáles las características del deber contractual de secreto que se encuentra implicado en la relación entre el banquero y el cliente”. No pareciera haber una autoridad doctrinaria en el tema. En lo principal, pienso que esas características pueden clasificarse bajo cuatro aspectos: a) cuando la apertura del secreto es exigida por la ley; b) cuando existe un deber de apertura hacia el público; c) cuando los intereses del banco requieren esa apertura; d) cuando la apertura se efectiviza por consentimiento expreso o tácito del cliente. Gran sentido práctico de este decisorio, a nuestro entender.

30. La reforma de la ley 23.271

Esta ley del año 1985 significó una importante reforma del instituto del secreto bancario, al derogar el inciso c) del artículo 39 Ley de Entidades Financieras, así como modificar disposiciones de la ley 17.811.

Por su artículo 1º se dispuso que: “El secreto establecido en el Título V de la ley 21.526 y en los artículos 8º, 46 y 48 de la ley 17.811 no regirá para las informaciones que, en cumplimiento de sus obligaciones legales, solicite la Dirección General Impositiva a cualquiera de las entidades o sujetos comprendidos en los regímenes de las citadas leyes y sus modificaciones. Estas informaciones podrán ser de carácter particular o general y referirse a uno o varios sujetos determinados o no, aun cuando él o los mismos no se encuentren bajo fiscalización. En materia bursátil, las informaciones requeridas no pueden

referirse a operaciones en curso de realización o pendientes de liquidación". Por el artículo 20- se estableció que: "Las disposiciones de la presente ley tienen carácter de orden público".

La fundamentación de la reforma a introducirse fue llevada a cabo por el ex diputado nacional CAMISAR el cual, refiriéndose al argumento constitucional de la inviolabilidad de los papeles privados en función del artículo 18 de la Ley Fundamental, entendió que los papeles bancarios van mucho más allá de lo que los constituyentes del 53 pensaron, al redactar la norma constitucional referida.

Agregó, luego, que en esa época casi no operaban bancos en el país, recordando que por tal circunstancia VÉLEZ SARSFIELD había considerado no conveniente legislar sobre los contratos bancarios.

Más adelante el citado ex legislador apuntaba a que con la reforma proyectada se iba a la búsqueda de reprimir la evasión en materia impositiva, configurándose de esta manera el verdadero sentido de igualdad en la materia, tal como se desprende del artículo 16 de la Constitución Nacional.

31. Opinión del Comité de Abogados de Bancos

El Comité de Abogados de Bancos de la República Argentina (del cual somos miembros), estudió diversos aspectos de la reforma legal, registrados en un dictamen a tales efectos. En lo que interesa, a nuestro juicio, la nueva ley fue analizada en consonancia con la de procedimiento tributario (ley 11.683) buscando establecer una interrelación entre ambos textos a fin de fijar de manera adecuada el alcance y sentido de las funciones generales de la D.G.I.

Se partió de dos premisas: a) en qué medida esos jueces administrativos podían y debían actuar; b) encuadramiento de su razonabilidad dentro del proceso legal, más allá de lo formal.

Respecto de la premisa sub a) una interpretación integradora de ambos textos debería girar en torno de los artículos 40 y 41 de la ley 11.683 (otorgamiento de amplias facultades a la D.G.I para asegurar la verificación de la situación impositiva de los contribuyentes y demás responsables), complementados por el artículo 105 del mismo cuerpo legal (obligación de los organismos y entes estatales y privados de suministrar a la D.G.I. todas las informaciones que se les solicitan con el objeto de facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo).

El ejercicio de esas facultades fiscales está a cargo del director general y subdirector general de ese organismo, colaborando también con carácter de jueces administrativos los jefes de zona, subzona y región, los jefes de sección y los jefes de división (artículos 92 y 10 de la ley 11.683 y decretos que fijan la estructura orgánico-funcional de la D.G.I.)

¿Qué competencia tendrían estos jueces administrativos?

Correspondería aclarar que además de la competencia de grado, establecida por los decretos indicados, hay una competencia material y otra territorial que surgen del decreto 453/80, anexo II, definitorio de las funciones y misión de las dependencias administrativas de la D.G.I.

Se aprecia, entonces, que los requerimientos que la D.G.I. haga en el futuro a las entidades financieras -luego de esta modificación del secreto bancario-, deberán cumplimentar los requisitos sustanciales y formales derivados de la propia normativa tributaria; en caso de no

ser así, el banco requerido podría, con fundamento, oponerse a contestar el requerimiento por vicio de éste, al no estar encuadrado en las disposiciones mencionadas.

32. Conclusiones

Valorando el sentido y alcance de la reforma del secreto bancario en función de lo antes expresado, el punto de partida debe ser la regulación del procedimiento tributario y no a la inversa, como pareciera afirmado WILLIAMS en la página 209 de su citada obra.

No se trataría, ciertamente, de propiciar un atentado en contra del derecho de propiedad del contribuyente -a lo cual el banco requerido podría oponerse con fundamento legal- sino mejor que en aras a una mayor equidad de la carga impositiva, impidiéndose la evasión fiscal algunas veces amparada por el no límite del secreto bancario, se circunscriba el alcance de éste siempre, claro está, dentro del debido proceso legal referido a cuestiones fiscales.

Se debería plantear el interrogante de la subsistencia de esa ley 23.271, frente al nuevo texto legal de la 24.144, antes transcripto.

Entendemos que las consideraciones vertidas supra respecto de la primera nombrada de estas leyes habrían mantenido su vigencia; el sentido aperturista del secreto bancario, que propiciamos, así lo dispondría, más allá de un cierto desapego del legislador financiero en aras a la necesaria claridad en el ordenamiento legal.

Asimismo en estas valoraciones a guisa de conclusión se debería enfatizar el criterio estricto de la nueva ley con referencia a la limitación que se hace del secreto bancario sólo para las operaciones “pasivas”. Criterio que, aun observado por cierta parte de la doctrina nacional, aparece como plausible y enrolado en la moderna tendencia, como se ha dicho.

33. Extensión del secreto bancario al Banco Central

El secreto bancario comprende asimismo al BCRA de manera tal como dice el texto legal que las informaciones que reciba o recoja en ejercicio de sus funciones tendrán carácter estrictamente confidencial.

Tales informaciones no serán admitidas en juicio, salvo en los procesos por delitos comunes y Siempre que se hallen directamente vinculadas con los hechos que se investigan.

La normativa parece bastante clara, en el sentido de delimitar las facultades y atribuciones del BCRA en el ejercicio de su incuestionable poder de contralor del sistema financiero nacional. Incluso las informaciones, para su puesta en acto en los juicios, quedan circunscriptas a las causas por delitos comunes y, más aún, tendrán que encontrarse vinculadas en forma directa con los hechos investigados.

Respecto de este delicado tema en el que la línea fronteriza entre el poder de contralor del sistema, por un lado y el secreto bancario, por el otro, pudieran entrar en colisión la doctrina (WILLIAMS) ha considerado, también, lo referido a actuaciones de esa institución que no quedarían involucradas en el secreto bancario.

En este orden de ideas se menciona cierta jurisprudencia local resolviendo que los secretos del tipo invocado por el BCRA son de observancia relativa, en un decisorio de la CNCOM, Sala D del 6 de junio de 1978 (E.D. 78-727), cediendo frente a principios de jerarquía superior.

Como fundamento de lo anterior se recuerda lo sostenido por la Corte Suprema al decir que es necesario acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual como exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional. (Fallos 247: 311 y 254: 311).

34. Secreto bancario y auditorías externas

La ley 22.051, modificatoria del artículo 56 de la ley 21.526, al instituir las auditorías externas estableció que el secreto bancario se extiende a terceros que por la función a desempeñar conocerán las informaciones y operaciones de la entidad financiera y de sus clientes.

35. Secreto bancario y Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas

Se encuentra derogado por la ley 21.363, artículo 6o, inciso b). No habrá oposición a la fiscalía salvo cuando se fundamente en la salvaguardia de un interés vinculado a la seguridad nacional.

36. Responsabilidad de la entidad financiera

Esta responsabilidad es de tres clases. Dejando de lado la responsabilidad penal que pertenece a otro ámbito, en cuanto a la civil la entidad es responsable por el daño causado, con sentido amplio: responsabilidad por la violación del secreto debido a la conducta del representante legal o de un funcionario o empleado de la misma, sin distinción si hubo dolo o culpa. También en el caso de que el obrar infidente se hubiera debido a un tercero a quien se facilite el acceso al secreto.

La responsabilidad encuentra basamento en 105 artículos 1068 y 1109 del Código Civil; artículo 1113 del mismo texto, respecto de los hechos de los empleados y con referencia al daño moral, en el artículo 1078 del mismo Código.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, es del resorte del Banco Central que, mediante el sumario de rigor, se encuentra facultado para imponer las sanciones establecidas por el artículo 41 de la ley 21.526.

37. Consideraciones finales

El criterio respecto del instituto podría resumirse así: la voluntad de mantener en secreto una operación o una cosa se presume en cabeza del cliente, tal como se presume la obligación de discreción en la base del negocio. Las consecuencias son que el cliente es el único que puede “disponer” del secreto, con facultad de hacer extensiva la esfera de discreción autorizando al banquero respecto de determinadas personas o categorías de personas, siendo el secreto carga del banquero. La naturaleza de los hechos es irrelevante, pudiendo ser patrimonial o moral (se cita como ejemplo de esto último el pago de una renta, por el banco, a una concubina del cliente).

Entre la legislación que puede interesar para el conocimiento de la materia correspondería mencionar la ley sancionada en los EE.UU. de América (ley 91.508 del año 1970) conocida como Bank records and foreign banks secrecy and bank record keeping bills Swiss bank accounts bill.

La verdadera ratio legis del texto mencionado ha sido la del creciente uso de cuentas corrientes en bancos extranjeros por ciudadanos estadounidenses (o residentes en ese país), con el fin de realizar actividades ilegales. Se sostuvo, además, que el secreto bancario vigente en determinados países Suiza, especialmente, facilitaba la revolución tecnológica de la criminalidad de cuello blanco.

Las manifestaciones de esta “criminalidad” serían las siguientes: 1) fraude en el pago del impuesto a las ganancias en operaciones sobre títulos; 2) maniobras ilícitas en operaciones de bolsa; 3) utilización ilícita de informaciones por directores de empresas, relativas a sus propias acciones; 4) excesos en los límites legales fijados para operaciones en descubierto, sobre préstamos de títulos; 5) depósitos de fondos provenientes de juegos ilegales o bien de operaciones ilícitas, con la finalidad de no pagar los impuestos que graven las rentas de esas operaciones; 6) operaciones delictivas, tales como las ganancias provenientes del narcotráfico o, bien, de operaciones usurarias; 7) transacciones en oro con fines especulativos (consideradas delictivas en ese país); 8) adquisición del control de empresas estadounidenses, por capitales extranjeros.

Cronológicamente, más adelante (en 1977) se formalizó una Convención entre la Asociación Suiza de Banqueros y el Banco Nacional Suizo con motivo de una serie de situaciones irregulares ocurridas, que adquirieron gravedad. Se tendió a la identificación del depositante de los fondos, no permitiendo el ingreso de capitales originados en actividades penales relevantes y dejando de prestar cooperación con aquel cliente que intentare introducir en Suiza capitales extranjeros transferidos en violación de las leyes de su país de origen.

38. El secreto bancario en Suiza

Dada la importancia de este país, en la materia, consideramos oportuno transcribir, aunque sea parcialmente, los puntos de vista expuestos por SCHONLE, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, publicados en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*.

Dice el jurista suizo en la Introducción que: La institución del secreto bancario suizo ha sido acusada, en varias oportunidades, de favorecer la evasión fiscal, de amparar, si bien no operaciones criminales, por lo menos algunas manipulaciones dudosas, de proporcionar a los representantes de regímenes totalitarios o de personas de los bajos fondos sociales un asilo financiero para el producto de sus delitos o para capitales de origen oculto, de encubrir fondos importantes provenientes del narcotráfico, de sustraer a los herederos legítimos los bienes de personas muertas durante la guerra en los campos de concentración alemanes, etcétera.

Si es cierto que en Suiza el fisco no puede exigir a los bancos ninguna información directa relativa a sus clientes... no es menos cierto que el secreto profesional del banquero suizo tiene fundamentos jurídicos parecidos a los que protege el secreto bancario en los países del mercado común. Sus límites de derecho público y de derecho privado son, en parte,

idénticos y aún más exigentes que los que rigen en otros países...

“Como con anterioridad lo había hecho la jurisprudencia, el artículo 47, inciso 4 de la nueva ley federal de bancos y cajas de ahorro del 11 de marzo de 1971, hace reserva expresa de las disposiciones de la legislación federal y cantonal respecto de la obligación de informar a la autoridad y de testimoniar en justicia. El secreto bancario no es, por tanto, absoluto y no debería amparar delitos”.

Se aprecia, entonces, a modo de una justificación o defensa del secreto bancario suizo el que, por las características muy singulares de este país, ha adquirido una dimensión mundial y, por ende, ha pasado a ser el centro de la investigación técnico-jurídica.

39. Lo que dijimos sobre el secreto bancario

En nuestro comentario sobre Secreto bancario decíamos a manera de conclusión, lo siguiente: “El punto de equilibrio aparece impreciso... Pareciera que el derecho de privacidad de la persona se viera conculcado no se exageraría diciendo, barrido por ese afán investigador que no se detiene ante nada. La conducta del banco to disclose information se exhibe como perjudicial para el cliente, que puede no configurar una relación transitoria u ocasional con su banco, sino que podría reunir antecedentes válidos como para verse en su relación una interacción de sólido sustento”.

Esa contraposición de opiniones se aprecia con nitidez en dos estudios sobre el tema publicados simultáneamente en el número de 'Banca, borsa e titoli di credito', en homenaje a MOLLE. El comentario de RUTA aparece en página 1036, bajo el título 'Il segreto bancario nella realita giuridica italiana' y el de PORZIO en página 1018, como 'Il fondamento normativo del segreto bancario'.

Mientras que por un lado RUTA acude al apoyo del artículo 47 de la Constitución de su país, expresando que 'el instituto del secreto bancario constituye uno de los incentivos más eficaces para crear y consolidar el ambiente psicológico y social más idóneo para incentivar la formación del ahorro bancario'..., páginas antes -por el otro- PORZIO, rebatiendo ese argumento de naturaleza constitucional y encontrando el fundamento del secreto bancario en la norma consuetudinaria, termina diciendo que 'la tendencia del secreto bancario es hacia una progresiva reducción'... ello como consecuencia de fenómenos evolutivos más vastos de la costumbre y de la legislación.

La cuestión se mueve, así, pendularmente, entre el respeto a la privacidad personal, por una parte y, por la otra, la necesidad de ir al fondo de la prueba. Esta ineludible exigencia probatoria se evidencia más patente en el campo de los ilícitos fiscales (si de esta manera los considerare la respectiva legislación) o, bien, en el caso de inversiones o depósitos de origen turbio o ilícito, favoreciendo la criminalidad organizada.

39.1. Otro comentario. Después de haber escrito este, Capítulo, fue publicado en la Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera un comentario de SIENRA ROOSEN, R., El secreto bancario en el Uruguay (enero-febrero de 1992, n° 7, págs. 147 y sigs.), en el que el autor pareciera adoptar una posición exclusivista al decir que “es un tema del cual se habla mucho por muchos, pero lo conocen pocos y, lo que es peor, que se divulga poco entre los pocos que lo conocen con propiedad”. En el fondo, el comentario constituye una encendida defensa de ese instituto, en la plaza del Uruguay que bien entendido y bien aplicado -según reza una parte del comentario- armoniza sin traumatismo alguno el derecho a la privacidad del cliente y la conveniencia de mantener el atractivo de la plaza con el

interés público en combatir ésta o cualquier otra forma de delincuencia. Los argumentos expuestos son los, generalmente, esgrimidos, en esa dificultosa coyuntura entre “privacidad y delito” que plantea el secreto bancario, quedando demostrado el interés de la plaza financiera allende el Río de la Plata en mantenerlo, como uno de los atractivos para sus inversores. Ello, a nuestro entender, no altera la tendencia señalada en este capítulo durante los últimos años, en los cuales la posible turbulencia de la actividad bancaria se encontró sensibilizada por nuevas connotaciones de la delincuencia, so color de privacidad. El lavado de dinero es una realidad que difícilmente se compatibilice con el secreto bancario.

CAPÍTULO IV CUENTA CORRIENTE BANCARIA

40. Noción

La relación “cliente-banco” se desarrolla en muchos aspectos, pudiendo ser ocasional cuando el cliente, por ejemplo, cobra un cheque en ventanilla o toma un giro o transferencia de fondos, etcétera. En estas situaciones u otras análogas la operación se liquida instantáneamente en ese acto.

Pero puede ocurrir que el cliente “abra una cuenta” en el banco conforme a la terminología acostumbrada, en cuyo caso pasará a efectuar un depósito de dinero o de títulos o, bien, podrá ser beneficiario de una apertura de crédito o efectuará el descuento de algún papel de comercio, modalidades éstas, significativas de la celebración de un contrato cuyo reflejo aritmético habrá de ser la cuenta. En todas estas situaciones, por tanto, habrá una contabilización puntual y sistemática, hecha por el banco, de los ingresos y egresos de fondos: tal es la cuenta corriente bancaria.

La caracterización práctica de esta convención ha sido señalada en muchas oportunidades, más allá de representar un simple pacto accesorio, al decir de algunos autores, por cuanto como bien lo expresa GARRIGUES lo accesorio tiene en este caso tanta importancia como lo principal.

Es que a través o por medio de esa cuenta corriente se traduce la práctica de la relación mencionada, particularmente por el grado de confianza que, mediante la misma, el banco transmite al cliente, ya sea por una operación activa (por ejemplo, una apertura de crédito) o bien por otra pasiva (depósito). Así la cuenta corriente bancaria puede decirse que representa una posición especial dentro de la clasificación de las operaciones bancarias, pudiéndosela considerar como una operación neutra.

A los efectos de precisar la operatoria que no lo ha sido durante mucho tiempo hasta el punto que algunos autores han sostenido que la teoría de la cuenta corriente estaba por rehacerse o, en otro sentido, que esa noción se encontraba en crisis, sería conveniente reafirmar que para que haya contrato de cuenta corriente en sentido técnico es necesario la existencia de un pacto específico excluyendo la disponibilidad aislada de los créditos, por vía de pago o de compensación, quedando la liquidación diferida hasta el momento del cierre de la cuenta. En este caso las prestaciones aisladas que recíprocamente realicen ambos contratantes no tiene efectos jurídicos externos, sino que se consideran como elementos integrantes de una unidad inescindible antes del término pactado.

41. Doctrinas francesa e italiana

Desde el punto de vista doctrinario se ha puesto de manifiesto la divergencia existente entre las doctrinas francesa y la italiana.

Respecto de la primera, algún autor como WILLIAMS es, en cierta medida, enfático, al decir que: “la autonomía jurídica de la cuenta corriente bancaria es desconocida para la doctrina y jurisprudencia francesas que aplican, en razón de identificarlos, los conceptos elaborados respecto de la cuenta corriente mercantil”; opinión que viene a reiterar seguidamente en página 274 de su obra. Siguiendo más de cerca la opinión de HAMEL, el autor nacional señala que la expresión cuenta corriente está reservada a las cuentas que los comerciantes se hacen abrir para cubrir las necesidades de sus operaciones comerciales.

En el fondo de la cuestión -y sin que importe demasiado, a nuestro modo de ver, la digresión doctrinaria-, la moderna doctrina francesa no discurre, tanto, sobre ese alejamiento entre ambas cuentas corrientes al que aludiera WILLIAMS sino que, a falta de un texto legal al respecto “los efectos jurídicos de la cuenta corriente han sido determinados por el uso; aprobados, corregidos, incluso modificados por la doctrina y jurisprudencia”.

Estos autores imputan a lo que podría ser un exceso de lógica jurídica el pecado (llamémosle así) de alejarse de las enseñanzas de la práctica: citando como ejemplo de esa distancia entre las construcciones abstractas y la práctica bancaria la circunstancia de que, para doctrinarios y tribunales, durante mucho tiempo el saldo provisorio en cuenta no era considerado como disponible, mientras que por su parte los banqueros admitían que sus clientes librasen cheques sobre esos saldos provisorios. Después de varios años, los tribunales se han esforzado para volver a una visión más concreta y realista.

RIVES LANGE et al insisten en la prevalencia de las soluciones prácticas en la cuestión cuya primera premisa es que la cuenta corriente constituye una verdadera convención y no un simple cuadro contable que registre las diferentes obligaciones concertadas entre las partes.

Por tanto, la cuenta corriente produce efectos originales que la distingue de las cuentas, simples cuadros de contabilidad. Sintetizando su pensamiento más adelante agregan que la economía de esta cuenta corriente halla asidero en a) constituir un mecanismo de liquidación simplificada de los créditos recíprocos y b) complementado mediante un mecanismo de garantía.

a) En lugar de enfocar aisladamente cada operación, procediendo a liquidaciones diferentes y que pueden adoptar modalidades distintas, las partes convienen en simplificar sus relaciones jurídicas liquidando sus créditos recíprocos fusionándolos en un saldo. Mediante esta fusión el crédito resultante es pagado. Precisando, además, lo que la realidad nos dice, la fusión de los créditos en un saldo deviene instantánea: no es diferida, como se lo admitiera anteriormente, al cierre de la cuenta lo que más bien sería una fuente de complicación, que de simplificación. Esta liquidación incluso se produce en forma independiente de toda compensación: el saldo provisorio es un crédito cierto y disponible.

b) El proceso de liquidación por fusión en un saldo importa un mecanismo de garantía: cada crédito sirve de garantía a los créditos de sentido opuesto. Cada parte, teniendo en consideración las relaciones de futuros negocios con su contraparte espera que el balance de la cuenta se habrá de equilibrar tarde o temprano, implicando una confianza recíproca. Debe tenerse también presente el principio llamado de afectación general, por el cual todos los créditos, desde su nacimiento, son afectados a la cuenta.

Vemos, entonces, que si bien generalizando respecto de una corriente, la moderna

concepción francesa ha evolucionado en aras de la práctica hacia una visión realista, no tan circunspecta como pareciera desprenderse de los autores franceses precedentes, configurando lo que podría ser una contraposición tajante.

En cuanto a la doctrina italiana MOLLE señala que en el Código de Comercio italiano de 1865 la cuenta corriente bancaria era considerada como una subespecie de la cuenta corriente; contra lo cual reaccionara tanto la doctrina, como la jurisprudencia, aun previo a la sanción del Código Civil de 1942.

Para recordar de manera sucinta tales diferencias -agrega MOLLE-, diremos que en la cuenta corriente ordinaria los créditos registrados son inextinguibles e indisponibles hasta la propia clausura de la cuenta, encontrándose destinados a la compensación con eventuales créditos futuros de la contraparte. Diversamente, en la cuenta corriente bancaria el crédito resultante está siempre 'disponible' sobre la base del 'saldo diario', por lo cual el cuentacorrentista puede disponer de éste en cualquier momento.

Otro aspecto que es necesario destacar en ambas convenciones es que en la cuenta corriente bancaria falta uno de los elementos esenciales de la cuenta corriente que es el de la reciprocidad de las remesas, por cuanto en la primera es el cuentacorrentista el que da impulso a la relación, quedando el banco limitado a ejecutar las órdenes que hubiera recibido.

42. Diferencia con otras figuras

Pasamos ahora a precisar algunos de los caracteres de la cuenta corriente bancaria que la diferencian de otras figuras presumiblemente afines.

Con respecto a la apertura de crédito pueden existir momentos de la operatoria en que ambos contratos se asimilen en el supuesto de que el banco pague una suma de dinero a un tercero, en la cuenta corriente bancaria de su cliente. Pero en este caso la concesión del crédito estaría asumiendo un carácter instrumental de caja que tendría el propósito de facilitar el objetivo de los fines del contrato. No importa que el banco hubiera operado a su propia iniciativa o, bien, por un acuerdo previo con su cliente, siempre que se tratare de facilitar ese servicio de caja al que hiciéramos alusión.

Tampoco puede predicarse una analogía del contrato que estamos analizando con el depósito en cuenta corriente. Este último es un contrato real (para la mayoría de la doctrina) que se origina cuando se hace entrega al banco de una suma de dinero; mientras que la cuenta corriente bancaria es un contrato consensual para cuyo perfeccionamiento no es necesario una disposición de fondos por parte del cuentacorrentista, dado que puede ocurrir que la convención se inicie con fondos propios aportados por el banco.

Podría decirse que ha sido más sutil el debate doctrinario en torno de la figura del mandato que, a no dudarlo, opera asimismo en la cuenta corriente bancaria.

La doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia (italiana) han sostenido que esta última convención configura un contrato innominado, resultante de la unión de varias prestaciones propias de otros contratos nominados que son coordinados entre sí, hacia y para el fin querido por las partes, en torno de una prestación principal de mandato. La prevalecencia de este último no modifica el carácter de aquélla.

En cuanto a la convención de cheques -adossada a la cuenta corriente bancaria-, puede ser expresa o tácita si el banco, al abrir la cuenta corriente a su cliente, le entrega directamente el cuaderno de cheques, asumiendo entonces los riesgos propios de esta particular

modalidad de pago.

En este aspecto WILLIAMS -siguiendo también a cierta doctrina italiana-, sostiene que en nuestro derecho el contrato de cheque es un accesorio de la cuenta corriente bancaria. La explicación que proporciona, derivada de la práctica, no es muy clara por cuanto si bien estamos por la accesoriedad del contrato de cheque, respecto de la cuenta corriente, parece evidente que el cuentacorrentista además de la seguridad y confianza que le puede proporcionar el banco con motivo del depósito de sus fondos en este, también ha tenido bien en su mente las ventajas propias del servicio de cheque, hoy (1993) quizá un tanto limitado por consideraciones de índole fiscal (débito en cheques) o por el empleo de otros medios (tarjetas de crédito).

Sin embargo -y de acuerdo con la opinión de expertos internacionales-, el cheque habrá de perdurar aún durante buen tiempo como factor movilizador del dinero.

También confluyen en la cuenta corriente bancaria las operaciones de giro (o transferencia), ya se trate de cuentas entre dos clientes del mismo banco o, bien, de un cliente de banco (ordenante o tomador), hacia otro cliente de otro banco (beneficiario).

43. Caracteres del contrato

Los caracteres son: (a) consensual -como se dijera-, no modificando tal nota la circunstancia de que el cuentacorrentista haga entrega de fondos para su cuenta en el banco; (b) normativo, al regular las relaciones futuras entre partes; (c) no formal, por cuanto para su constitución no requiere de forma alguna pudiendo darse las instrucciones inclusive verbalmente, aunque fuera de buena regla darlas por escrito; (d) de duración, siendo normalmente por tiempo indeterminado; (e) oneroso, en el sentido del artículo 1149 de nuestro Código Civil, por cuanto las ventajas que se procuran una y otra de las partes son en relación a una prestación que la contraparte le ha hecho o se ha obligado a hacerle. Aquí la doctrina alude a la intermediación habitual en la oferta y demanda de recursos financieros, que constituye, dentro de la generalidad de los términos, el meollo de la operatoria bancaria (ley 21.526, art.1°)

44. Cuentas no operativas

Respecto de las denominadas cuentas corrientes no operativas, WILLIAMS estudia la cuestión partiendo de la premisa de no existir solución de continuidad entre la cuenta corriente bancaria y el contrato de cheque, por lo cual la apertura por el banco de una cuenta corriente cuyo movimiento no se efectuare mediante cheque sería no operativa; en otras palabras, no constituiría una cuenta corriente bancaria conforme a la práctica de esta actividad.

Cita dos fallos: uno de la CNCOM, Sala C, del 29.IV.85, en autos Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/Curto, Elba E., en el que se dijo que “siendo que la apertura de la referida cuenta tiene por finalidad la acreditación de intereses provenientes del préstamo sin que el supuesto cuentacorrentista tuviera la posibilidad de emitir órdenes de pago sobre depósitos o el descubierto autorizado por el banco y sin contar con servicios de cheque, cabe establecer que no se trata del contrato de cuenta corriente bancaria reglado por los artículos 791 y siguientes del Código de Comercio”.

El otro fallo (inédito) es el dictado por la CNCOM, Sala B del 16.II.86, en autos Banco de

Galicia y Buenos Aires S.A. c/Lagano, Graciela en el que, también como en el anteriormente citado, se consideró que se trataba de una cuenta no operativa, al no existir libramiento de cheques. El banco actor habría intentado exhibir una cuenta corriente bancaria respecto de lo que, realmente, configuraba un contrato de apertura de crédito donde la concesión del mismo constituye su fin esencial y la causa típica del contrato que relaciona las partes.

44.1. Cuentas no operativas (Continuación). Con posterioridad a lo expuesto cabe citar un interesante fallo sobre el particular dictado por la CNCOM, Sala “D” cuya doctrina fue la siguiente: (1) La cuenta corriente bancaria no se identifica con el cheque, sino a la inversa, el cheque se identifica con la cuenta corriente bancaria. Es decir que la existencia y operatividad del cheque supone necesariamente una cuenta corriente bancaria sobre la cual girarlo. (2) La cuenta corriente bancaria no necesariamente debe operar con cheques sino que puede hacerlo a través de otros medios instrumentales distintos del cheque, en conjunto con tales cheques y aun con exclusión de cheques, desde que la existencia de éstos no es legalmente necesaria ya que ninguna norma legal impone su utilización. (3) Las cuentas corrientes operables sin cheques, denominadas incorrectamente cuentas no operativas, son las que operan verdadera y efectivamente a través de otros posibles y lícitos medios de extracción de fondos y, naturalmente, de los depósitos de dinero o de cheques o de valores, que habrá de hacer el cuentacorrentista. (4) Es ilícito el mandato irrevocable otorgado por los solicitantes de una tarjeta de crédito al banco para abrir la cuenta bancaria y debitar en ella las deudas generadas por el uso de la tarjeta. (5) La cuenta corriente bancaria abierta al solo efecto de ser cerrada y con la única finalidad de permitir la aplicación del artículo 793, inciso 3 del Código de Comercio, constituye un abuso del instituto legal porque mediante tal cuenta no se brindó un servicio de banca, sino que sólo se utilizó para dar fuerza ejecutiva a un crédito.

Creemos que la discusión doctrinaria ha sido un tanto extensa y, no siempre, clara. El fallo de la Sala “D”, a nuestro entender, ha puesto las cosas en su sitio.

Correspondería citar en complemento de su síntesis algunos otros conceptos que estimamos valiosos: Es sabido que a través de las cuentas corrientes dice el fallo los bancos suelen prestar servicios utilísimos para sus clientes y para la comunidad, en general. Así los 'débitos automáticos' de pagos a los prestadores de servicios públicos son útiles, tanto a los usuarios como a los dadores de tales servicios; igualmente, los débitos para atender los pasivos generados por el uso de una tarjeta de crédito, son útiles para el usuario de la tarjeta y para la emisora de la misma y administradora del sistema(...En operatoria) no constituiría un uso contra legem y, entonces, el uso sería en sí mismo una fuente de derecho.

En otro de sus considerandos, “la Sala juzga que el cheque no es el excluyente, ni tampoco el necesario medio para las extracciones en cuentas corrientes bancarias. En ausencia de prohibición legal y en razón de su utilidad, la Sala admite la legitimidad de las cuentas sobre las cuales (a) las extracciones se hagan mediante el uso de cheques y de otros medios instrumentales Operativos, tanto como la de aquéllas en las que (b) las extracciones se efectúan solamente con esos otros medios instrumentales, con prescindencia de los cheques. Admítase, pues, la legitimidad -y la operatividad- de las pésimamente llamadas 'cuentas no operativas’”.

Como lo menciona el comentario anexo a este fallo, el Tribunal se hace cargo, aquí, de una notoria realidad comercial bancaria que no puede soslayarse ni, menos, impedirse o

dificultarse con base en una interpretación abstracta de la ley.

No obstante, cabe señalar que tal práctica no podría dar lugar a una conducta abusiva por parte del banco, tal como ocurriera en el caso bajo análisis. En efecto: el banco actor procedió, sucesivamente, a generar una deuda como resultado de la utilización de la tarjeta; luego, a la apertura de la cuenta, registrando el consiguiente débito para, finalmente, proceder al cierre de la cuenta. Manifiestamente, se distorsionó el sentido finalista de la norma comercial que, con independencia de la época de su sanción, no fue sancionada para ejecutar sin más ni más, sino acorde con los principios reguladores instituidos en la cuenta corriente bancaria.

45. Normativa aplicable

La cuenta corriente bancaria ha estado regulada exclusivamente por el Código de Comercio -arts. 791 a 797-, hasta la sanción por el BCRA de la Circular B-382 del 19-IX-63 dictada en virtud de la llamada Ley de Bancos (1957), además del decreto 4776/63, en su artículo 56. Se trata de normas de derecho público bancario, es decir de una normativa de carácter prioritario conforme a las facultades que las sucesivas leyes de bancos o de entidades financieras otorgaron al Banco Central de nuestro país. Así la Ley de Entidades Financieras 18.061, sancionada en 1969, dispuso que el Banco Central dictará las normas reglamentarias que sean necesarias para el cumplimiento de esta ley, las que serán obligatorias para las entidades comprendidas en ella.

Con posterioridad a la Ley de Entidades Financieras de 1974, la actual LEF 21.526 (1977) reafirmó los conceptos anteriores en el sentido de amplias atribuciones al BCRA para la aplicación del ordenamiento pertinente. En tiempo de esta legislación se dictaron las circulares R.F.9 y R.F.666, las que posteriormente fueron modificadas por las circulares OPASI 1 del 11-IX-81 y OPASI 2 del 27-V-88.

En tema de interpretación se ha planteado la cuestión de que la OPASI 1 no previó determinar los diversos casos de apertura de la cuenta corriente señalados por la circular B-382; como por ejemplo a nombre y orden de una misma persona; a la orden recíproca o indistinta de dos o más personas; a la orden conjunta de dos o más personas; a nombre de sociedades, etcétera.

Participamos de la opinión de WILLIAMS quien estima que las normas precedentes mantienen su vigencia. Quizá la razón de esta omisión se encuentre en esa suerte de desjuridización en que cae el legislador financiero -poco prolijo en su afán de dictar normas y reglamentaciones- al que aludiera doctrina autorizada (RÍVES LANGE et al en la obra citada).

La OPASI 1 reglamenta en forma minuciosa los requisitos que debe cumplimentar el cliente: (1) debe proceder a llenar en forma correcta las boletas que le entregue el banco, siendo responsable por los errores u omisiones en que incurriere; (2) debe cumplimentar lo referente a la provisión de fondos y no librar cheques sin la correspondiente autorización para girar en descubierto; (3) debe mantener activa la cuenta corriente durante un año; (4) debe actualizar la firma registrada cada vez que el banco lo estime necesario; (5) debe dar cuenta, por escrito, al banco, de cualquier cambio de domicilio; (6) debe comunicar cualquier modificación de sus contratos sociales, estatutos o poderes y de las revocaciones de estos últimos; (7) debe mantener la custodia de los cuadernos de cheques; (8) debe dar aviso por escrito, al banco, del extravío, pérdida, sustracción o adulteración de las fórmulas

de cheques en blanco o de cheques que aún no se hubieren entregado a terceros o de la fórmula especial para pedirlos; (9) debe cumplir con las disposiciones legales sobre la forma de llenar los cheques; (10) debe reintegrar al banco los cheques en blanco que conserve al solicitar el cierre de la cuenta, dentro de los diez días hábiles de la fecha en que se le comunique la suspensión del servicio de pago de cheques o del cierre de la cuenta; (11) debe observar fielmente todas las cláusulas que hubiera convenido con el banco.

46. Obligaciones del banco

Estas obligaciones están puntualizadas en los artículos 793, 794 y 797 del Código de Comercio, además de varios puntos de la circular OPASI 1.

En razón de la estructura clasista de la ley 21.526 sólo pueden convenir el contrato de cuenta corriente bancaria los bancos comerciales previstos en el artículo 21 de la misma, que les otorga una operatoria casi irrestricta salvo las llamadas operaciones prohibidas o limitadas, del artículo 28 de la ley.

El banco debe comenzar por entregar al cliente las boletas de depósito impresas con los datos mínimos necesarios para ser cubiertos; luego, hacer entrega del cuaderno de cheques, con las condiciones y recaudos que se especifican en el mismo.

A continuación corresponde mencionar la circunstancia, fundamental, de que el banco debe mantener sus cuentas corrientes al día (arts. 797 del Código de Comercio, reiterado por la OPASI- 1, punto 1.1.2.3.1.) lo que, casi, diríamos es elemental atento a las características del negocio bancario.

Otra obligación del banco es la de recibir depósitos: así dice la OPASI 1, punto 1.1.2.3.2.: “Acreditar en el día los importes que se le entreguen para el crédito de la cuenta corriente”. El depósito en dinero efectivo debe hacerse en australes; pero la acreditación en el día también puede hacerse en el supuesto de depósito de un cheque de tercero sobre el mismo banco girado en que se tiene la cuenta.

La acreditación en la cuenta corriente bancaria de los cheques remesados al banco para su cobro se efectúa con carácter suspensivo. La anotación en la cuenta documenta la relación de mandato entre el banco y el cliente, pero no crea una disponibilidad inmediata; la condición es que el pago se efectivice.

Una variante de lo anterior ocurriría en el supuesto de que el cheque hubiera sido girado contra el mismo banco y este lo hubiera acreditado en la cuenta; entonces el banco no puede rechazarlo escudándose en la cláusula salvo encaje y sólo tiene la posibilidad de hacer valer sus acciones contra el librador fundado en la relación de mandato y contra el portador del documento, haciendo jugar la acción de enriquecimiento, si esta cupiera.

El requerimiento del cliente tiene el carácter de orden, siendo obligatoria para el banco, constituyendo un acto unilateral. La orden tiene carácter recepticio, produciendo sus efectos, en consecuencia, cuando llega al banco.

En cuanto a las disposiciones sobre la cuenta corriente bancaria, cuando son a favor de terceros, debe decirse que opera una delegatio solvendi por la cual el banco asume la ejecución de una prestación que debe al cuentacorrentista.

La causa del pago es siempre la relación de provisión por lo cual si la orden es inexistente o falsa, el banco podrá desvincularse de tal obligación invocando la falta de un presupuesto de la obligación.

La orden de pago es ejecutada respecto del tercero en dinero efectivo, por cuanto el débito

del banco es quérable.

47. Las disposiciones sobre la cuenta por medio de cheque

Por efecto de la convención de cheque, el banco asume como mandatario la obligación, respecto del cuentacorrentista, de hacer honor a los cheques regularmente librados, bajo la condición de la existencia de la consiguiente provisión de fondos que representa el límite de la eficacia obligatoria para el mismo.

Cuando se contraponga tal obligación sin justificado motivo (por ejemplo, falsedad de firma o falta de correspondencia entre esta y la registrada en la ficha de control respectiva), rechazando así el pago al tercero portador legitimado según la ley de circulación, el banco responde de los daños respecto del librador.

Por el contrario, no existe tal obligación respecto del portador del título. La estructura del cheque hace que el portador no tenga ninguna acción cambiaria o extraordinaria contra el banco, no obstante que la libranza del cheque haya ocurrido en virtud de una convención con el librador.

En doctrina ha ocurrido cierto disenso (FERRI) en un comentario publicado respecto del cheque como acto de utilización de la provisión, tesis ésta en el sentido que la orden contenida en el cheque imprime a la provisión un destino específico que es inmutable una vez que el cheque hubiera sido librado, quedando entonces el banco vinculado a tal situación y debiendo, en consecuencia, aportar su cooperación para realizarla. Pero en general -y en el propio país del prestigioso jurista citado-, tal tesis no ha prosperado por cuanto ello supondría la vigencia de un privilegio que ni la ley ni la práctica del cheque suponen.

El banco no deviene responsable cuando, aun existiendo fondos disponibles, no se paga el cheque por una contraorden del librador. “El artículo 29 de la Ley del Cheque al establecer que carece de efecto la orden de no pagar cuando ha expirado el término de presentación, no modifica este principio ya que sólo tiene por efecto suspender la eficacia vinculante de la orden por todo el periodo y constituir al banco girado en árbitro de un eventual conflicto de intereses entre librador y portador”.

Sobre el tema agrega MOLLE que este tipo de norma crea en el portador la expectativa de que el cheque sea pagado, teniendo en cuenta que el banco no opera por capricho; pero si éste “abusa” del derecho de rechazar el pago podrá, entonces, sobrevenir una responsabilidad de derecho común, en cuyo caso el portador deberá probar que el daño sufrido no lo ha sido tanto por la negativa de pago sino por la conducta culposa o dolosa del banco.

48. Otras obligaciones del banco

Dentro del casuismo propio en la materia, correspondería mencionar la comunicación “A” 1199/88 - OPASI 2 del BCRA, enunciando algunas (para no caer en lo fatigoso) obligaciones que el banco debe cumplimentar, a saber:

1.2.5. Rechazo de cheques - 1.2.6. Certificación de cheques - 1.3. Cierre de cuentas o suspensión del servicio de pago de cheques - 1.4. Normas de procedimientos y fórmulas (aludiéndose a los diversos modelos empleados por el BCRA) - 1.5. Plazo de conservación

de los documentos y 1.6. Intereses.

49. Efectos jurídicos

Los principales efectos de la cuenta corriente bancaria son los siguientes:

a) La compensación continuada, determinando como efecto principal los saldos en forma instantánea, a diferencia de la cuenta corriente mercantil e implicando la libre disponibilidad de los mismos. Esta disponibilidad de saldos constituye un crédito autónomo de las partidas que integran el contrato y que se otorga en beneficio de ambas partes: del cliente, que mediante una orden o cheque puede disponer de ese saldo o, bien, del banco, que puede exigir aun judicialmente y mediante título ejecutivo, la cobertura del saldo deudor resultante.

Sin necesidad de seguir la doctrina minuciosamente citada por WILLIAMS, podemos participar de sus conclusiones: En definitiva, en la cuenta corriente bancaria se produce una compensación legal ipso jure entre los créditos y los débitos anotados en la misma y desde el momento de dicha anotación, conforme al artículo 818 del Código Civil; pero con la particularidad de que dicha compensación es sucesiva. Se trata de un contrato de coordinación (SOTGIA).

b) El otro efecto que la doctrina y jurisprudencia han considerado es el llamado efecto novatorio.

La cuestión ha sido particularmente discutida en Francia, país en el cual la escuela clásica ha sostenido que por un efecto novatorio un crédito anterior se convierte en un crédito integrante de una cuenta corriente bancaria, como uno de sus elementos. Hay desaparición del crédito antiguo y aparición de un nuevo vínculo jurídico que preside las relaciones entre partes, agregan VA5SEUR y MARIN.

Sin embargo, los autores coinciden en señalar que no se trata de la aplicación de la novación clásica: no hay como lo indica el derecho civil, sustitución de un crédito por otro sino fusión de un crédito en otro (el saldo).

Para precisar lo particular de esta novación la doctrina utiliza expresiones como aquella de “cuasi-novación” o, bien, una suerte de novación, lo que se ha considerado desde el punto de vista jurídico como expresiones poco acertadas, ya que una novación existe o no existe. En la actualidad la jurisprudencia (francesa) ha dejado de utilizar la expresión de novación: la Corte de Casación de ese país afirma, con mayor sencillez, que el registro en la cuenta vale como pago. Es decir -agregan RÍVES LANGE et al- que no constituye un pago en sentido estricto: todo pasa como si el crédito hubiese sido pagado y en el fondo no se da exactamente la fisonomía del pago, tal como se aplica en derecho civil. La cuenta corriente bancaria aparece como un mecanismo financiero cuyos efectos son los del pago pero que, sin embargo, está marcada por cierta originalidad.

Por lo demás, de aceptar el criterio del efecto novatorio en la cuenta corriente bancaria, la prescripción de cada crédito no correría en los términos del contrato que diera origen a la anotación en cuenta, sino que sería aplicable la de este último contrato: por el artículo 790 de nuestro Código de Comercio, las acciones emergentes prescribirían a los cinco años. Además, por efecto de la novación, se perderían las garantías y privilegios originarios que respondían por el crédito inmerso en la cuenta corriente. Finalmente, se purgarían los vicios de la obligación originaria.

En definitiva, con referencia a nuestro derecho, se ha considerado que por la aplicación del

artículo 812 del Código Civil, “la novación no se presume”. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva.

50. Existencia de dos o más cuentas corrientes bancarias concertadas por un mismo cliente

En este supuesto, que la práctica admite por cuanto una persona puede desear ser titular de varias cuentas que funcionen en forma independiente, sus saldos son créditos o deudas distintas entre las cuales no opera compensación.

Las consecuencias prácticas de esta independencia son las siguientes: (1) el cálculo de los intereses se opera en función de la posición de cada una de las cuentas; (2) en cuanto a la provisión, el cheque librado debe considerarse con referencia a la cuenta contra la cual haya sido librado; (3) si se traba un embargo sobre una cuenta acreedora, ni el cliente ni el banco pueden prevalerse de la existencia de otra cuenta en posición deudora¹⁸.

WILLIAMS, luego de considerar la doctrina italiana sobre la base del artículo 1853 de su Código Civil, contemplando dicha situación sostiene que en nuestro derecho no existe una norma expresa sobre el particular, pero nada impide que “para el supuesto de pluralidad de cuentas se convenga... la unificación de las mismas en casos taxativamente enumerados”. Se entiende que el débito debe ser comunicado al cliente y teniendo tal comunicación carácter recepticio la compensación legal sólo produce efectos desde el momento de su recepción por el cliente, aun cuando tales efectos se retrotraigan al momento de la efectiva existencia de débitos y créditos.

Para evitar los inconvenientes que pueden resultar los interesados pueden neutralizar la independencia de las cuentas mediante la concertación de convenciones expresas. Bajo diferentes modalidades, estas convenciones tienen por fin y principal efecto la afectación de la garantía del saldo deudor de una cuenta al saldo acreedor de otra cuenta.

La cuenta de garantía es aquella cuyo saldo acreedor se encuentra afectado en prenda como garantía de otra cuenta. Se trata de una cuenta bloqueada a efectos de dar consistencia a la garantía. La doctrina (francesa) se encuentra con dudas respecto de esta operación.

La convención de compensación permite una garantía recíproca. Por esta convención el cliente autoriza al banco a compensar, cuando éste así lo requiera (la convención se establece por lo general en interés exclusivo del banco), el saldo acreedor eventual de una de las cuentas, con el saldo deudor eventual de otra cuenta. La jurisprudencia ha admitido la validez de esta convención y su oponibilidad a terceros, siempre que no presente ningún carácter anormal o sospechoso. La convención de compensación puede ser simulada cuando las partes han intentado crear una falsa apariencia susceptible de engañar a terceros, en perjuicio de los derechos del concurso, en caso de quiebra.

Con referencia a las cartas de unidad y de fusión de cuentas, tanto el cliente como el banco consideran el supuesto de dos o más cuentas, materialmente separadas por consideraciones contables pero que jurídicamente no forman más que una única cuenta. Esta unidad no afecta que cada cuenta quede sometida a diferentes condiciones (intereses, moneda, etc.). La convención sobrepasa la compensación: habrá sí, compensación entre ambos saldos, pero existe la ventaja de que una de las cuentas puede estar munida de una garantía que habrá de beneficiar a la otra cuenta.

Deben interpretarse restrictivamente estas cartas de fusión o de unidad, por cuanto derogan el principio de la independencia de cuentas.

51. Intereses, gastos y comisiones

En esta importante materia la doctrina nacional, en líneas generales, no ha estado acertada. En efecto: WILLIAMS, por su lado, luego de establecer una comparación entre las normas del Código de Comercio referidas a la cuenta corriente bancaria (arts. 795/796) y la referente a la cuenta corriente mercantil (art. 788) señala que “sin embargo, los usos y costumbres bancarios han hecho caso omiso a lo dispuesto por el citado artículo 795 y las cuentas bancarias, con depósito de fondos, nunca devengaron intereses a favor del cliente”. Si bien, más adelante, formula explicación de lo anterior, con fundamento en razones de carácter técnico-económico en la intermediación financiera y en la circunstancia de que la contraprestación del banco al cliente está dada por el servicio de caja que aquél presta a éste, menciona a continuación la circular OPASI- 1 que en su punto 6.3.1. determina: “Podrán concertarse libremente con los depositantes toda clase de depósitos, incluso en cuentas corrientes”, criterio que si bien facultativo, no se compadece con el anterior negativo en cuanto a la fijación de intereses.

Agrega el citado autor que la norma de la circular estableciendo la libertad de concertación de intereses entre partes no deroga la facultad del BCRA de reglamentar si las cuentas corrientes bancarias devengan o no intereses, así como la fijación de la tasa correspondiente.

Más relativista en su apreciación, SUPERVIELLE SAAVEDRA (si bien su obra es de 1960) dice al respecto: “ dichas cuentas tienen un régimen especial de intereses y comisiones distinto del de los demás depósitos. Actualmente, en la generalidad de los casos, los bancos no pagan intereses por los saldos acreedores de sus clientes”.

En síntesis puede afirmarse que no se trata de situaciones absolutas, debiendo prevalecer el criterio de amplitud que emerge de la mencionada circular del BCRA.

Excepción a lo anteriormente expuesto la constituye el caso de la autorización para girar en descubierto, en el cual el crédito devengará intereses a cargo del cliente y a favor del banco en la forma que se hubiere convenido.

En la práctica -y verosímilmente más allá del costo del servicio de caja prestado al cliente-, los bancos determinan, según cada entidad financiera, diversas modalidades que inciden en la cuenta corriente bancaria, tales como la de fijar un promedio de saldo mínimo acreedor en la cuenta, comisión por el mantenimiento de la cuenta, débito por la entrega del cuaderno de cheques, etcétera.

Se trata de modos operativos que derivan, de una manera u otra, de la ecuación “costo-beneficio” de la entidad bancaria, fundamentalmente basados en la relación de confianza que el cliente tiene con determinado banco, además de las ventajas recíprocas que puedan resultar de la celebración de otras operaciones financieras.

52. Capitalización de intereses

Un fallo del 15/VI/87 dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en autos “Banco Comercial del Norte S.A. c/Urrutigoity, Guillermo s/inconstitucionalidad – Casación” gira en torno de la cuestión de si es admisible “la capitalización trimestral de

intereses en la cuenta corriente bancaria, como lo dispone el artículo 795 Código de Comercio, aún después de cerrada ella y de emitido el certificado de saldo deudor”. El decisorio judicial resolvió que “la capitalización de intereses prevista por el artículo 795 del Código de Comercio rige con posterioridad al cierre de la cuenta corriente bancaria”. En los fundamentos anotados, el fallo sostuvo que no importando el cierre de la cuenta novación de la deuda, no se advierte razón legal que impida la continuidad en esa capitalización para el futuro. En cuanto a la objeción basada en el anatocismo que podría originarse, la desecha, teniendo en cuenta que de admitirla se estaría favoreciendo al deudor moroso y considerando, además, el criterio más elástico que el anatocismo tiene en el plano comercial.

El comentarista citado alude también a otro fallo que habría tratado la cuestión, aunque en forma tangencial, al determinar que el saldo definitivo no excluye que los intereses pactados o corrientes continúen su curso como antes, con independencia del cierre de la cuenta (voto de los doctores ANAYA, QUINTANA TERAN y CAVIGLIONE FRAGA en el plenario Banco de Entre Ríos c/ Genética Porcina S.A., del 22.XI.84, en E.D.-111-636).

53. Anatocismo

En el citado comentario -y a nuestro entender, acertadamente-, se expresa por último “que una corriente jurisprudencial admite actualmente la posibilidad de capitalizar los intereses basándose en que la solución no es más que el reconocimiento de una realidad económica diaria”; por lo que el caso de la cuenta corriente bancaria cerrada no podría configurar una excepción a tal enfoque general del problema.

Esta polémica cuestión, que motivara la mención crítica de SEGOVIA señalando que la limitación establecida por el artículo 788 Código de Comercio “importa un freno al anatocismo exagerado”, fue estudiada en diversos fallos de la CNCOM, Sala “D”, dando lugar a un comentario de nuestra parte, publicado en RDCO.

Una de las sentencias citadas, in re “Liporace, Francisco L. c/ Argos S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ordinario” resolvió que “la norma del artículo 623 Código Civil no constituye un principio absolutamente rígido en materia mercantil y cuenta con numerosas excepciones legales que tienen en cuenta el tipo de operación en la cual el interés es devengado”.

Haciendo una transcripción parcial de nuestro punto de vista, decimos lo siguiente: “El anatocismo, 'como nuevo producto o producto reiterado y repetido', ha planteado desde cierto enfoque conceptual, un problema ético”.

Sin embargo, cabe acotar que el origen romano de la prohibición de capitalizar intereses no pareciera tan absoluto como se ha pretendido. GIRARD nos dice que “la convención de anatocismo estaba probablemente prohibida en derecho clásico respecto de los intereses a vencer, pero sin duda se encontraba permitida para los intereses vencidos, convenidos entre partes para transformarse en una deuda de capital, mediante novación”. Y agrega:

“JUSTINIANO la prohibió, no muy acertadamente, para los intereses vencidos”. El romanista francés expresa, luego, en nota, que el anatocismo estaba permitido para los intereses calculados anualmente, no así para aquellos cuyo cómputo se hacía por mes, en la época de CICERÓN. En síntesis, se podría sostener que los textos romanos no fueron suficientemente claros en la materia.

Haciendo una breve referencia al derecho comparado señalábamos que: “El Código Civil

italiano de 1942 apunta con mayor serenidad al referirse al anatocismo en su artículo 1283, comenzando la norma mediante estas palabras: 'A falta de usos en contrario...'; y MESSINEO cita como excepción a la norma legal prohibitiva, por ejemplo, las operaciones de banco. En otras palabras se puede decir que esa importante fuente del derecho que son los 'usos' -y de modo especial, los 'usos bancarios'-, apuntala la flexibilización de una norma dispuesta con sensatez para evitar la ruina del deudor de antaño, pero que no ocurre así (o, por lo menos, no ocurre siempre) en relación con el deudor, más sofisticado, de nuestros días.

Finalizando: “Correspondería concluir, entonces, que con independencia de la dudosa prohibición histórica, el anatocismo ha sufrido el embate de los años para así insertarse con mayor facilidad en el plano comercial contribuyendo a equilibrar por su natural sentido reproductivo, el peligro de aguamamiento del capital maximizado en épocas de permanente cuando no, incontrolable inflación”.

El problema que sintéticamente hemos expuesto ha reconocido algunas variantes, con posterioridad a lo anterior.

El Proyecto de ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, de 1987, lo trató modificando el artículo 623 del Código Civil “adecuándolo a la realidad comercial contemporánea y al generalizado concepto que despoja al interés de escorias inflacionarias, que sólo ópticamente influyen en la cuantía de la tasa”; previendo los intereses sobre intereses si se ha convenido la acumulación de los intereses al capital. Más adelante se dictó la ley 23.928 (1991) modificatoria de varios artículos del Código Civil, diciendo en el nuevo texto del artículo 623: “No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”.

Como se ha visto, el instituto de capitalización de intereses ha experimentado variantes en nuestro medio, en los últimos tiempos. Es que fluctúan por detrás de su valoración jurídica consideraciones de orden ético-social, según el enfoque de cada intérprete.

Por lo demás, queda abierto el interrogante si la nueva norma sancionada en 1991 ha modificado, también, el artículo 795 del Código de Comercio permisivo del anatocismo y permanece latente el argumento, valioso, del Proyecto de 1987 referido a la nueva realidad comercial en la materia. En última instancia podría cuestionarse la verosimilitud de esos acuerdos de capitalización de intereses fundados sobre una evolución periódica de la tasa de interés de plaza de la que se ignora, a ciencia cierta, en qué períodos debe valorarse y cual habría de ser lo que la plaza determinase, técnicamente, como interés. Bastante para discutir.

54. Resolución del contrato

Está regida por el artículo 792 Código de Comercio y la circular OPASI-I, punto 1.1.3.

El primero dice que “la cuenta corriente bancaria puede cerrarse cuando lo exijan el banco o el cliente, previo aviso con diez días de anticipación, salvo convención en contrario”.

Las causales de resolución están mencionadas en ambas normas legales, a saber: 1) por decisión del banco o del cuentacorrentista, previo aviso con diez días de anticipación, salvo

convención en contrario; 2) por falta de movimiento de la cuenta corriente durante un término no menor de un año; 3) por libramiento de cheques sin fondos disponibles suficientemente acreditados en cuenta o carecer de la correspondiente autorización para girar en descubierto; 4) por causas legales o por disposición de la autoridad competente. Cuando el cierre es por decisión del banco se ha planteado el interrogante de qué ocurriría si es el cliente el que procede a extraer los fondos depositados en cuenta, sin dar el aviso propio que expresa la normativa.

WILLIAMS entiende que no habría resolución sin ese aviso previo por cuanto sostener lo contrario estaría implicando establecer una desigualdad entre partes (obligación de preaviso, por el banco, mientras que ello no ocurriría respecto del cliente).

En el fondo, más que hablar de una desigualdad se trataría de una situación de hecho la cual, mantenida por un lapso inferior a un año, estaría impidiendo la resolución del contrato. En la práctica no ocurre así por cuanto en la hipótesis de retiro de los fondos se requiere simultáneamente al cuentacorrentista si desea cerrarla y, caso afirmativo, se procede al cierre.

La citada circular OPASI - 1 establece en el caso de cierre por resolución del banco, que el cuentacorrentista, dentro de los diez días de notificado, deberá devolver las fórmulas de cheques no librados. Para el otro supuesto de cierre de la cuenta por el cuentacorrentista se preceptúa que éste deberá acompañar con la notificación una nómina especificativa de los cheques librados en los últimos sesenta días, indicando los importes, devolviendo además el total de las fórmulas no utilizadas.

“Si hubiera cheques no devueltos que aún no se hubiesen presentado al cobro, la liquidación de la cuenta sólo podrá efectuarse luego de transcurrido un plazo igual al establecido para la validez de los cheques, contado desde la fecha de la notificación. Durante ese término, el banco seguirá pagando los cheques librados con anterioridad y recibiendo las imposiciones que se efectúen para el crédito de la cuenta”: así reza la Circular.

Si existiere autorización al cliente para girar en descubierto y éste se encontrare deudor al cierre de la cuenta, rigen las condiciones establecidas por el banco en oportunidad de otorgar la apertura del crédito. Por lo habitual, en esta operatoria el banco se reserva el derecho de dar por rescindido el contrato, por su sola voluntad y si nada se hubiera establecido, entonces regiría el preaviso de los diez días preceptuado por el Código de Comercio.

Para el supuesto de falta de movimiento de la cuenta corriente por más de año, cumplido el plazo el banco deberá notificar al cliente el cierre de la cuenta y exigir la devolución de los cheques no librados, no dando curso a los cheques que se presenten al cobro, según la mencionada circular.

Respecto de la causal de cierre por libramiento de cheques sin fondos disponibles acreditados en cuenta, compartimos la opinión de WILLIAMS en el sentido de que, no obstante las dudas que deja el texto de la OPASI- 1, se trata de otro de los supuestos reglamentados del cierre de la cuenta corriente bancaria.

En los casos de muerte, interdicción, demencia o cualquier otro suceso legal que prive a algunos de los contratantes de la libre administración de sus bienes, se aplica por analogía el artículo 782 Código de Comercio (referido a la cuenta corriente mercantil).

La regla general de que la quiebra sólo suspende los efectos de los contratos preexistentes y no origina, por tanto, su resolución, encuentra su excepción en el texto de los artículos 151 y 152 de la ley 19.551. El primero de ellos dice que: “Los contratos en los cuales la

prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición". Citábamos en nuestra obra Concursos y quiebra la autorizada opinión de DE SEMO, el que consideraba gravemente comprometido el equilibrio económico-jurídico en estos contratos, a causa del desarreglo quiebrista, por lo que se imponía su resolución. Utilizada la expresión "cuenta corriente" por la L.C. en sentido amplio, se han originado situaciones muy complejas en caso de quiebra de uno cualquiera de los cuentacorrentistas. Resulta evidente, por lo demás, que tratándose la cuenta corriente de un contrato implicativo de mutua concesión de crédito, concediendo esperas, difiriendo pagos, etcétera, la declaración de quiebra de una de las partes es incompatible con la esencia del contrato. Además, la función liquidadora por antonomasia que constituye la quiebra está en oposición con la subsistencia de la cuenta corriente (PROVINCIALI) Si la parte afectada en el caso de la cuenta corriente fuera el banco, la resolución del contrato se produce en virtud de la llamada liquidación judicial, luego de declarada la quiebra de la entidad financiera (ley 21.526, arts. 50 y sigs.); no así de la liquidación extrajudicial (o administrativa), a la cual pareciera WILLIAMS comprender asimismo.

55. Ejecución del saldo

La relación de confianza, que es connatural de la operatoria bancaria, asume particular relieve en la cuenta corriente bancaria dada la plétora de situaciones que convergen en este contrato.

Cuando éste queda resuelto, de la liquidación practicada puede resultar un saldo acreedor o deudor del cliente y en este último caso sobreviene la cuestión de su ejecución judicial, en la hipótesis de que aquél no lo pagare, luego de ser notificado por el banco. Al respecto, el artículo 793 del Código de Comercio, en su última parte, establece que si el cliente no contesta en el plazo fijado "se tendrán por reconocidas las cuentas en la forma presentada y sus saldos deudores o acreedores serán definitivos en la fecha de la cuenta".

Esta norma, de dificultosa aplicación práctica, determinaba que el banco promoviera el juicio ejecutivo por el saldo deudor, preparando la vía al intimar el reconocimiento del saldo y bajo apercibimiento de la ley, en caso de incomparecencia. Si se contestaba la acción negando en forma expresa la pretensión actora, el juicio tenía que ordinarizarse, con la consiguiente demora del proceso.

Tales circunstancias dieron lugar a diversos proyectos tendientes a otorgar ejecutividad al título que se posee, llegándose en consecuencia a complementar la ya referida norma del Código de Comercio mediante un tercer párrafo, lo que se concretó en 1946.

Sobre el particular sostiene WILLIAMS que "tal reforma tuvo más un origen de carácter político que jurídico, en tanto y en cuanto es consecuencia inmediata y directa de la nacionalización de los depósitos bancarios".

Si bien hay una permanente interrelación entre lo público y lo privado en materia bancaria como reiteradamente lo hemos afirmado, no podría inferirse de ello lo propiciado por el autor citado.

La nacionalización de los depósitos, dispuesta en 1946, fue el producto de una ideología

política de caracteres muy generales y amplios y, por último, alejada de la simple ejecución judicial de un saldo deudor, por el banco. Todo lo bancario está coloreado -teñido, por lo político, pero de ello no se debería inferir, necesariamente, de una consideración de encuadramiento general, otra muy puntual como es la ejecución de un saldo en una cuenta. Esto lo decimos por cuanto WILLIAMS, al encarar el decreto 15.354/46 como una institución complementaria de la reforma -estableciendo el agregado del tercer párrafo al artículo 793 del Código de Comercio, dice que pretende lograr para el BCRA, en su carácter de titular de los depósitos y por intermedio de las entidades bancarias, mandatarias de aquél, la más rápida recuperación de los saldos deudores.

En definitiva, no se vislumbra razonablemente la interacción entre una política de tan vastos alcances, como fue la nacionalización de los depósitos, con otra medida de naturaleza privatista y, por ende, de menores alcances que aquélla, como fue la ejecución de los saldos deudores de las cuentas corrientes bancarias.

56. Interpretación del decreto

La aplicación de ese decreto dio lugar, por su deficiente técnica legislativa, a una jurisprudencia encontrada: existía una suerte de dicotomía entre los dos primeros párrafos del artículo 793 del Código de Comercio y el tercero, por cuanto en virtud de aquéllos, para tener por reconocido los saldos definitivos, el banco debe contar con la conformidad escrita del deudor o, bien, conseguir que la liquidación practicada no hubiera sido observada por el cliente dentro del término legal.

Esta característica de una suerte de disyunción entre los dos primeros párrafos del artículo citado, respecto del tercero, fue señalada por la doctrina y por la jurisprudencia, precisando la distancia que mediaba entre ambos textos dado que uno expresaba las obligaciones que debía cumplir el banco, mientras que el otro hacía referencia al procedimiento que puede promoverse para la ejecución, en función de la certificación dispuesta por las autoridades del banco.

En síntesis, la discrepancia en la jurisprudencia fue superada por el acuerdo plenario de la CNCOM. del 5.IX.69, en los autos Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/Lussich, Jorge P. y otra, resolviéndose que “La habilidad del certificado bancario del artículo 793 del Código de Comercio exige que el saldo se determine en ocasión de la clausura de la cuenta corriente, sin que sea menester demostrar que ha sido comunicado al cliente o conformado expresa o tácitamente por éste”.

57. Innecesariedad de cierre de la cuenta para la ejecución del saldo

En fecha más reciente que lo anteriormente expuesto se ha publicado un estudio bajo el título “Ejecución del saldo deudor de cuenta corriente bancaria cuyos autores son A. M. ROJAS LAGARDE y E. CORTINAS, en el cual haciendo alusión al plenario Banco de Galicia c/Lussich” sostienen que si bien dicho fallo es de aplicación obligatoria, en otras jurisdicciones de nuestro territorio se ha ido dejando de lado esa doctrina.

Comienzan por mencionar el pensamiento de ALBERTI enunciado en una conferencia pronunciada en el Primer Congreso de Abogados del Banco de la Nación Argentina, según el cual no es necesario el cierre de la cuenta corriente bancaria para poder ejecutar el saldo

correspondiente.

Más adelante -y rondando en tomo de esta idea-, se cita un fallo de la CCiv. y Comercial de Bahía Blanca, Sala 1a. en los autos Banco del Sud S.A. c/Campo, Arturo R., en el cual uno de los votos alude a la innecesariedad del cierre de la cuenta siendo suficiente la suspensión Operativa del servicio de cheques para tomar viable el reclamo de la entidad financiera contra su cliente.

Los autores mencionados entienden que tal situación es la contemplada por la circular OPASI-2, punto 1.3.4.4. Esta situación especial es aquella referida al mantenimiento de la cuenta corriente al sólo efecto de finiquitar operaciones pendientes: dado que, en la práctica, ocurre que la cuenta es deudora, por lo que se la mantiene abierta con la finalidad de registrar nuevos débitos.

Se hace mención, asimismo, que los bancos suelen establecer cláusulas de caducidad de plazo para las operaciones que sus clientes tienen con ellos; de modo tal que cuando sobrevienen las circunstancias previstas -tales como libramiento de cheques sin fondos, embargos o pedidos de quiebra-, el banco queda facultado por su cliente a disponer la caducidad de los plazos y a debitar las operaciones derivadas de los incumplimientos, en la cuenta corriente respectiva.

En este orden de ideas, tendiente a ampliar las facultades del banco, se cita un fallo de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba, de fecha 5.VIII.88, en los autos Banco de la Provincia de Córdoba c/Naccachian y Vázquez S.R.L. s/ejecutivo en el que un voto del doctor ROITMAN, con fundamento en la intención del legislador al crear ese título ejecutivo, expresó “que no es presupuesto ineludible para la ejecutabilidad del título que se establezca un saldo definitivo en ocasión de la clausura de la cuenta. Puede suceder que encontrándose impagas las obligaciones asumidas por el deudor, el banco suspenda la cuenta y en base al saldo existente a ese momento, ejecute la deuda, sin perjuicio de que, luego, se continúe la operatoria de dicha cuenta con los nuevos ingresos que se registren en la misma. Si existieran ingresos posteriores a la expedición de la constancia del artículo 793 del Código de Comercio, el banco puede imputarlos al saldo, debiendo comunicar tal situación al juzgado interviniente”.

Si bien los autores cuyo comentario estamos siguiendo no se pronuncian abiertamente sobre el criterio expuesto en el párrafo precedente, entendemos, por sus conclusiones, que no lo comparten; tesis ésta, que debiera de aceptarse como más razonable, precisamente para poder llegar a una conclusión del saldo definitivo a ser ejecutado.

ROJAS et al, luego de citar un voto del doctor HALPERÍN con referencia a la clausura de la cuenta, concluyen diciendo que en consecuencia, es más seguro ejecutar los saldos deudores de cuentas corrientes bancarias una vez cerradas las mismas. Si la cuenta no se cierra y el cliente sigue operando en ella, puede efectuar depósitos, lo que habrá de implicar la modificación del saldo y, eventualmente, convertir un saldo deudor en otro acreedor, posibilitándose entonces la excepción en el juicio ejecutivo.

58. El saldo de cuenta corriente bancaria como título ejecutivo.

Jurisprudencia

Partiendo de la exigencia dispuesta por el artículo 793 de que el saldo deudor de la cuenta resulte de las constancias registradas con las firmas conjuntas del gerente y contador del banco, la jurisprudencia local ha considerado en un extenso casuismo los diversos

supuestos que se presentaron con motivo de las excepciones opuestas por la parte demandada (cliente).

Así se ha dicho que el certificado de saldo deudor es título ejecutivo, en tanto continente de dicho saldo; que la impugnación respecto de los débitos que conforman el saldo no puede enervar la ejecución; que procede dicha vía si se trata de una cuenta corriente bancaria en la que se ha empleado la forma “a descubierto”, partiendo de adelantos otorgados por el banco; que la norma del artículo 793 del Código de Comercio se refiere a la cuenta corriente bancaria y no a otras operaciones de banco; que no obsta a la habilidad del certificado la circunstancia de que la entidad financiera se encuentre liquidada por el BCRA; que no requiere la prueba de los cargos desempeñados por los firmantes del certificado; que el certificado de saldo deudor firmado por el gerente comercial y el gerente administrativo es hábil si este último es contador y se encuentra en el ejercicio de sus funciones; que también es hábil el certificado firmado por el contador general y un director ejerciendo las funciones de gerente; que en el mismo sentido se debe considerar como hábil el certificado expedido por el delegado del BCRA que actúa como liquidador de la entidad financiera; que igualmente lo es el certificado suscrito por los reemplazantes naturales del contador y gerente, en ausencia de éstos, que el informe según el cual las personas que firman el saldo de cuenta corriente bancaria desempeñaban en el banco que ejecuta las funciones que se registran al pie del documento, es elemento de convicción en cuanto a la ley procesal y, por ende, que su valor probatorio no puede ser discutido por el demandado que ha consentido su agregación sin formular oposición a su contenido.

Opuestamente, se ha desechado la habilidad del certificado cuando sus firmas no correspondían a los dos funcionarios enunciados por la norma (así cuando lo firman un gerente administrativo, un subgerente o, por caso, el presidente y el tesorero de un banco).

59. Impugnación del saldo

Este título ejecutivo creado en favor del banco lleva en sí mismo el germen de la duda cuando la parte ejecutante comete errores al determinar el saldo o pretende aprovechar tal circunstancia más allá de ese límite que todo derecho significa.

NOUGUÉS ha estudiado el asunto en un comentario diciendo que dicho caso “presenta interés al contribuir a dilucidar un problema que... se advierte en las relaciones entre clientes y bancos originados en las facultades que éstos se atribuyen para enmendar de oficio errores reales o supuestos de sus empleados”.

El fallo que se comenta es el de la CNCom. Sala B del 8.X.69 en el que se resolvió que es procedente la impugnación de un certificado de saldo de cuenta corriente, cuando se lo intenta explicar en virtud de una errónea imputación inicial de un cheque, efectuada por el banco. Se trataba de una imputación errónea que no se conciliaba con las instancias de los libros de la parte actora y, por el contrario, el resumen de cuenta de la parte demandada no arrojaba saldo deudor, conciliándose con los libros de ésta.

La regla -más que un principio, como se pretende denominarla- de la irrevocabilidad de los asientos efectuados en la cuenta corriente bancaria, deber ser interpretada con sentido realista y debida cautela para evitar que la ejecutabilidad del saldo deudor en cuenta no se pueda transformar en un abuso de derecho, por el ejecutante.

En resumen -siguiendo la opinión de WILLIAMS emitida luego de analizar varios casos-,

puede decirse que estas sentencias son suficientemente ilustrativas acerca de las circunstancias excepcionales que autorizan al cliente a cuestionar el certificado, base de la ejecución, el cual refleja un estado contable que no se compadece con el de la cuenta corriente bancaria y que permite al cliente oponer la excepción de pago o, en su caso, la de inhabilidad de título, cuando se incorporen partidas extrañas a ella sin la existencia de un previo acuerdo de partes.

60. Fallo plenario

Con posterioridad a estas decisiones de nuestro tribunal se planteó en virtud de un recurso de inaplicabilidad de ley la convocatoria a un plenario para decidir: “Si para la constitución en mora del cuentacorrentista basta el cierre de la cuenta corriente que determinó el saldo deudor o es necesaria la notificación a que se refiere el artículo 793, primer párrafo, del Código de Comercio”.

El fallo plenario, del 21.XI.84 decidió lo siguiente: “La mora de base legal del cuentacorrentista responsable del saldo deudor requiere la comunicación del párrafo primero del artículo 793 del Código de Comercio o la comunicación del párrafo segundo del artículo 509 del Código Civil”.

Este fue el voto de la mayoría; mientras que la minoría, con sustento en el plenario ya referido del año 1969, sostuvo que la mora del saldo deudor de una cuenta corriente bancaria corre a partir de la emisión del certificado por cuanto el incumplimiento por parte del cliente de la obligación contraída en oportunidad de la celebración del contrato, de mantener suficiente provisión, es causa de resolución de pleno derecho del mismo, lo que produce la liquidación de la cuenta y faculta a la entidad bancaria a la emisión del certificado aludido.

61. Otros aspectos

En el punto puede hacerse alusión a la rectificación del saldo por vía judicial ordinaria, con posterioridad al juicio ejecutivo -lo que así fue resuelto por la jurisprudencia local en varios casos.

En otro sentido, la improcedencia de introducir cuestiones causales so color de la excepción de inhabilidad de título o, bien, invocando haberse incurrido en anatocismo al calcular los intereses registrados.

La jurisprudencia ha dicho que “lo que se debe tener en cuenta es el saldo certificado con las firmas del gerente y contador, sin que se pueda averiguar si la liquidación fue correcta y si se llegó a ese saldo por procedimientos aceptables, ya que lo contrario significaría anular el beneficio de la acción ejecutiva”.

También y con independencia del juicio de repetición se ha discutido si, previamente, procede promover el juicio de rendición de cuentas por el banco a fin de determinar el monto que se reclame luego en el juicio ordinario.

WILLIAMS cita un fallo de la C Civ. y Com. de Rosario, Sala IV, autos “Capella, Emilio c/Banco de Monserrat S.A.”, por el cual se hizo lugar a la rendición de cuentas al entender que la remisión de los extractos por el banco no alcanzaba por sí a suplir las exigencias de

aquella acción a la que se refiere al artículo 68 del Código de Comercio.

62. Prescripción

La doctrina, en general, determina aplicar la prescripción de diez años preceptuada por el artículo 846 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha resuelto que el plazo de prescripción se inicia a partir de la clausura de la cuenta.

La prescripción se interrumpe en los supuestos de emisión o envío del extracto de la cuenta, para su aprobación.

CAPÍTULO V CLIENTE DE BANCO

63. Noción

Referente a esta noción -en apariencia, simple-, la doctrina y jurisprudencia, en general, han evidenciado criterios disímiles en parte derivados de su conexidad con la cuestión del cheque cruzado y en parte, también, originados en esa suerte de precisión que se estaría exigiendo a la operatoria bancaria, más allá de lo que pudiera exigirse a otra actividad comercial.

Por lo demás, el origen anglosajón del cheque cruzado -no siempre bien absorbido por los países de derecho continental-, ha complicado el panorama en nuestro medio como lo señala WILLIAMS al citar como antecedente del hoy derogado artículo 833 de nuestro Código de Comercio, el artículo 82 de la ley inglesa sobre cheques, de 1882.

Sin embargo, la reciente doctrina inglesa parece encarar el problema desde otro ángulo, más vinculado a la apertura de una cuenta en el banco por el cliente.

“Es una relación peculiar de la actividad bancaria, que da lugar a un contrato entre ambas partes... Las relaciones comerciales de los bancos, con terceros, son en extremo variables. La relación predominante es la que ocurre entre ellos y sus clientes, es decir el público, las sociedades comerciales y otros que se encuentran vinculados en razón de la existencia de una cuenta entre ambos. Si bien existe una relación cuando una persona es cliente de un banco, puede asimismo surgir otra cuando se desarrolla dentro del contexto del titular de una cuenta. 'Cliente' sea probablemente imposible de definir, pero el criterio que prevalece es en razón de la existencia de una cuenta por cuyo medio se realizan transacciones. En cierta época se tenía la idea de que la cuenta debía tener cierta duración antes de que se pudiera adquirir el status de cliente; pero este punto de vista no ha perdurado a partir del decisivo del Privy Council (1920) en el caso 'Taxation Comrs Y. English, Scottish and Australian Bank Limited', al resolver que la duración de la relación no era de su esencia”. Esta transcripción parcial que hacemos de la obra citada se ve, en cierto modo, complementada, por la mención de otro fallo (“WOODS v. MARTIN BANK Limited) que introduce una variable aparentemente heterodoxa en la cuestión: no se trataría, realmente, de una cuestión legal, sino aquella resuelta por lo que un comerciante común e inteligente debería entender como “cliente de banco”.

Lo que quiere significar el autor inglés es lo siguiente: la protección que la ley otorga al

banco al liberarlo de responsabilidad cuando su conducta, referida al pago de un cheque cruzado, hubiera sido de buena fe y sin negligencia frente a la parte que no tuviera derecho alguno sobre el cheque o que su derecho estaba viciado, puede llegar más allá en la medida de que el banco considere que las relaciones con ese cliente pueden proseguir, de contar éste con referencias favorables. Entonces, sí, esta relación habrá de concretarse en la condición de “cliente”.

Más adelante, PAGET expresa de manera enfática que “el banco no es una institución filantrópica. Los bancos realizan en forma gratuita, en favor de sus clientes, operaciones por las cuales los clientes deberían pagar, llevándolas a cabo en otras partes. Pero es la relación comercial, las facilidades para depositar el dinero, la conveniencia de contar con un cuaderno de cheques, por un lado y el beneficio de contar con el dinero depositado, por el otro, lo que se encuentra en la raíz de la concepción del cliente. Así fue reconocido por Lord BRAMPTON, en un fallo dictado hacia principios de este siglo (Great Western Rly. Co. vs. London and County Bank Co. Limited), inclinándose a considerar como no relevante -a los efectos de esta noción-, cualquier interés pecuniario”.

Como se aprecia el enfoque jurisprudencial inglés de la cuestión es considerablemente amplio en cierto modo rebasando la protección legal del banco, en el cruzamiento de cheque-, adoptando una vía práctica del asunto por la que se propende hacia un atenuación de las posibles notas atribuibles al “cliente”, pero no en detrimento de ese contexto de realismo con el que debe contar para que así se lo considere.

64. Concepción en derecho continental

De diferente parecer se exhiben tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países de derecho continental especialmente Italia y Francia, en los cuales la noción que analizamos ha sido fuertemente debatida.

Referente al primero de los países citados, el comentario de TRAPANI formula inicialmente un análisis del precedente inglés y mencionando el cheque cruzado alude a que un autor de este país, con sentido del humor, habla expresado que el cheque cruzado habla sido librado para no ser pagado nunca: “los cheques, en Inglaterra, son verdaderos sustitutos del dinero en cuanto no se extinguen mediante movimientos en efectivo, sino por la vía de la compensación. En el fondo -agrega-, el sistema del crossing busca en ese país obtener que cada banco atienda a su propio cliente, a que todos los presentantes de cheques sean clientes de un banco, que los clientes de un banco operen con su propio banco de tal modo que entre banco y banco se origine un vasto pool de débitos y créditos en el cual los movimientos se produzcan sólo mediante diferencias”.

El autor citado concluye afirmando que la noción de cliente de banco es diferente en Italia respecto del caso inglés. Conformando su concepción al respecto, TRAPANI considera que en su país se requiere para determinada la existencia de una continuidad en las relaciones, de modo tal que se produzca un control directo por el banco respecto de la persona con la que trata; en otras palabras, de que el banco considere que se encuentra frente a la persona verdaderamente legitimada para cobrar el cheque.

En sentido análogo PELLIZZI señala que la expresión “cliente de banco” se produce cuando se cuenta con la probabilidad (si no, con la certeza) de que el accipiens sea una persona no proclive a maniobras fraudulentas y, por tanto, la posibilidad de conocer, después del pago, su identidad; así como la probabilidad de que esa persona, por su misma

posición y reputación social, no procure voluntariamente después del pago “accel di bosco” de tal modo de impedir actos que lleven a una acción de repetición. El autor aclara en nota que lo de reputación social no debe situarse en un criterio clasista, sino en el vínculo de la persona con el ambiente social en el cual desarrolla su vida de relación.

En fecha más reciente ha formulado un análisis de la cuestión referida a la jurisprudencia de su país. Citando el fallo de la Corte de Apelación de Roma, del 13.11.87, en el caso “El Hadi El Maguri c/Credito Romagnolo s.p.a.”, en el que se decidiera que por cliente de banco, referido a la finalidad del pago de un cheque cruzado, debe entenderse a la persona ya conocida, antes de una determinada operación, por el banco, por lo cual haya adquirido la confianza propia en virtud de relaciones anticipadas, reiteradas y regulares.

Además se hace mención de otros fallos que tienden a conformar, mediante diversos matices, esta noción no siempre lo suficientemente precisa. Así, que no puede considerarse cliente el titular de una cuenta corriente (que no se sabía cuándo había sido abierta), cerrada de inmediato que fuera depositado el cheque (Casación ital. del 3.1.50); que no ha sido considerado como integrador de la noción de cliente aquel sujeto que, si bien titular de una cuenta, su identidad no había sido definida de manera idónea (Tribunal de Torino del 1.VII.49); que es cliente el sujeto del cual no solamente el banco tiene conocimiento personal, sino que ha realizado en un cierto tiempo operaciones tales que permiten hablar de una confianza en relación al monto del cheque (Tribunal de Palermo, del 30.VI.44).

En el mismo comentario se alude a la doctrina controvertida en Italia respecto de si la titularidad de una cuenta corriente es condición necesaria y suficiente para ser considerado como cliente de banco. Por la negativa se menciona a TRAPANI y MOLLE, mientras que ARE la tiene como condición suficiente, a tales efectos. Se cita, asimismo, la opinión de autores de la literatura interna del mundo bancario, tales como REPETTO y DALLOSTA, sosteniendo que por cliente de banco debe entenderse aquella persona que mantiene relaciones con el banco, demostradas a través de libros y registros.

En cuanto a los aspectos morales del cliente, son avalados por TRAPANI.

El análisis de la cuestión en el ámbito del derecho francés revela, también, divergencias interpretativas.

Mientras que RIPERT se ubica por la exigencia de titularidad de una cuenta de banco, para cobrar el cheque cruzado, BOUTERON entiende que la ley no exige tal presupuesto. HOUIN, terciando en el tema, expresa que la ley habla solamente de “cliente” y no de “titular de una cuenta”, lo que de por sí se explica si se considera que todos los clientes del banco no son, necesariamente, titulares de una cuenta. Agrega que si la noción de cliente no requiere, puntualmente, la preexistencia de una cuenta bancaria, comporta sin embargo una cierta permanencia de relaciones entre el banco y su cliente. Esta permanencia es, a la vez, una garantía de la honestidad del presentante y una justificación de la confianza del banco a su respecto. Ella permite oponer el 'cliente', frente a un simple presentante ocasional o pasajero.

Por su lado, GAVALDA et al estudiando el tema, lo hacen bajo otro aspecto analizando la entrada en relación del banco con su cliente. La actitud de los grandes bancos se ha caracterizado por haber adoptado las técnicas del marketing, siendo una de las más utilizadas la del démarchage (que podría traducirse como competir para entrar en el mercado), reglamentada en ese país por la autoridad a fin de asegurar la protección de los ahorristas. La búsqueda de nuevos clientes, la utilización cada vez más sofisticada de la publicidad por todos los medios y técnicas posibles, no deberían hacerle perder al banquero las exigencias seculares de su profesión. Debe mantenerse prudente, evitando los

compromisos cuando el riesgo sea demasiado grande derivado de la persona de su cliente o de la situación financiera de éste o de la naturaleza de su actividad.

Apréciase que en la materia -con independencia de los problemas técnico-legales que plantea el cheque cruzado- no hay coincidencia de opiniones. Los hechos y circunstancias, por lo demás, pueden llegar a ser tan variados o inesperados que deviene particularmente dificultosa su subsunción en la norma.

PELLIZZI, con su habitual claridad, arriesga una interpretación que vale la pena transcribir: “Cliente, según el espíritu de la ley, indica una cierta medida, un nivel de seguridad a propósito del accipiens, de un modo no demasiado divergente de aquél usado por la tradición civilística con la creación de algunas figuras abstractas como aquella -hoy vivamente cuestionada-, del bonus pater familias. Cliente, en otras palabras, es el sujeto conocido por el banco como es normalmente conocido un cliente, aunque si por vía de hipótesis, el primer servicio que el banco le hubiera prestado fuera aquel referido al cheque que se encuentra bajo discusión” (los subrayados son del autor).

De esta manera se puede inferir que por parte del banco, más allá de que se esté frente a una cuenta abierta por el cliente, se impone un deber de prudencia conforme a los términos del artículo 1109 del Código Civil y que, por otro lado, la ponderación de la culpa habrá de evaluarse en función del artículo 512 del mismo cuerpo legal.

CAPÍTULO VI DEPÓSITO BANCARIO

65. Noción

Dice SUPERVIELLE SAAVEDRA que “cuando se habla de depósitos bancarios, esta noción se refiere a ciertos tipos de operaciones que se realizan dentro de la actividad bancaria, con participación, en general, de las instituciones de crédito”.

Dentro de la economía moderna, los depósitos bancarios constituyen la más importante de las llamadas “operaciones pasivas” del banco, por cuanto a través o por medio de ellas las entidades financieras acceden a la captación del ahorro, primera parte de la intermediación financiera que define, en buena medida, esa actividad negocial. Es por ello que MOLLE califica a esta actividad como esencial para el banco, estableciendo la distinción con aquellos otros entes que conceden crédito con dinero propio.

Debe darse, en principio, una concepción amplia de los depósitos bancarios, constituyendo éstos todas aquellas operaciones mediante las cuales se entrega a un banco sumas de dinero para que éste pueda utilizarlas, con la obligación de restituir las en las formas y tiempo pactados con el cliente.

66. Punto de vista de los economistas

Lo precedentemente expuesto sería un enfoque propio de los juristas.

El punto de vista de los economistas es más amplio. No consiste únicamente en los fondos que el cliente “remite” a su banco sino que involucra igualmente toda suma de dinero de la cual el cliente fuera acreedor y que se registra en el crédito de la cuenta. Poco importa la

operación que diera lugar a este crédito: entrega de fondos, descuento de documentos, cobro de documentos, etcétera.

Esta concepción amplificada del depósito de fondos traduce la realidad económica, contable y psicológica. Para el cliente -dicen RÍVES LANGE et al-, el depósito se vincula a la libre disposición de un haber en los libros del banco. Desde el ángulo contable, el saldo acreedor constituye la moneda escritural. En síntesis, una suma de dinero puede ser “confiada” o “dejada” a la custodia del banco.

También, siguiendo a partir de un enfoque de los economistas referido a las motivaciones que inducen al cliente del banco a depositar su dinero, la doctrina a partir de KEYNES ha considerado al depósito en un triple sentido: a) los llamados income deposits, caracterizando a la operatoria del cliente que sabe que ese dinero depositado lo habrá de gastar en un lapso más o menos cierto; b) los llamados saving deposits, o sea aquellas en las que se busca primordialmente hacer una inversión, ganando los intereses que produce la colocación del dinero en un banco; c) por último, los business deposits, encarados en la figura del comerciante que recurre al banco para satisfacer las necesidades de su actividad, ya sea mediante el servicio de caja o, bien, para efectuar pagos en determinados momentos.

67. Modalidades

En general puede decirse que hay varios criterios de clasificación para los depósitos bancarios.

Aquel criterio cuyo fundamento es la técnica bancaria permite distinguir tres categorías: a) los depósitos simples, comprendiendo los depósitos a la vista, los depósitos a plazo y los depósitos con previo aviso; b) los depósitos en cuenta corriente en los cuales, como hemos visto en un anterior capítulo, se produce una coordinación por medio de la cuenta que vincula a las partes a través de un régimen de compensaciones y disponibilidad; c) los depósitos de ahorro, que responden a una especial técnica.

En los depósitos bancarios a la vista la idea fundamental que se intenta no es la de invertir un capital, sino aquella otra de atender a un fin de seguridad. COLAGROSSO (citado por SUPERVIELLE SAAVEDRA expresa que no se trata de una concepción rígida la que enmarca este tipo de operación, por cuanto no se trata de preservar el idem corpus sino, más bien, de orientarse hacia un criterio de disponibilidad actual y continua del bien entregado. Nos señala SUPERVIELLE SAAVEDRA que, teóricamente, este tipo de operación debería implicar una obligación de indisponibilidad para que los bancos se encontraran en condiciones de cumplir con sus obligaciones. En la práctica -y de acuerdo con la experiencia adquirida-, no es así dado que el ritmo de los retiros puede preverse en función de índices de liquidez, coyuntura económica, necesidades de los clientes, etcétera.

En los depósitos a plazo fijo el cliente, además de la seguridad que emerge de la entidad depositaria, procura con la entrega de su dinero un lucro, por lo que procede a facilitar la operación del banco, el que por su parte habrá de procurar la colocación más provechosa posible, según las condiciones de la plaza.

En los depósitos con aviso previo se suele indicar si este plazo es breve o largo, asimilando en el primero de los supuestos el depósito a la vista, mientras que en el segundo se acerca más al otro depósito colocado a término.

Dejando de lado los depósitos en cuenta corriente, se dice que los depósitos de ahorro plantean un problema de dificultosa caracterización: “Se asocia la noción de depósito

bancario, de contenido típicamente jurídico, con el concepto de ahorro, que es esencialmente económico”.

Respecto de esta clase de depósito la trataremos más adelante, por cuanto más allá de su contenido económico, como lo expresa el autor citado, aparece o se evidencia un contenido social: trátase, en cierta medida, de la inmixción (si así pudiera llamársela) de la moral, en la economía, tema que sin bien excede los límites de esta obra, no podría ser soslayada y, en la práctica, da lugar a la “garantía de los depósitos” de origen publicístico, exorbitando la simple relación contractual entre depositante (cliente) y depositario (banco).

Existen otros depósitos vinculados a diferentes negocios que son conocidos como “depósitos de afectación”.

Se trata de una función subsidiaria en la que opera el instituto que se comenta cuando el depósito se efectúa, por ejemplo, para la compra de valores o suscripción de acciones o, bien, sirve de garantía de deudas frente a un tercero. El depósito se vincula a otras operaciones jurídicas como, por caso, el mandato o accede a un contrato principal, constituyendo una prenda o una caución.

68. Naturaleza jurídica

Uno de los problemas que se ha planteado la doctrina es aquel referido a si existe una unidad negocial que caracterice al depósito bancario o, por el contrario, el contrato se muestra diferente en cada uno de sus tipos. En otras palabras, hay tesis que afirman la unidad del negocio jurídico “depósito bancario”, mientras que otras propician la existencia de una pluralidad de contratos vinculados por el nombre, la intervención de un banco y la función que desarrollan en lo que se considera fundamental en este plano: la intermediación en el crédito.

Dentro de las que vinculan el depósito bancario a un contrato nominado, encontramos en primer lugar la tesis que propicia el mutuo, dado que el depósito en un banco sigue siendo de cosa fungible y el negocio no tiene autonomía propia, debiendo ser jurídicamente subsumido en el concepto de mutuo.

El fundamento de esta concepción radica en la transferencia de dominio en favor del depositario, generando una obligación personal de devolver el tantumdem siendo a cargo del accipiens los riesgos de la cosa. Esta opinión, vista con ojos de la práctica, evidencia que el depósito bancario configura una fuerza de recursos para la institución bancaria.

A manera de crítica a lo anterior puede decirse que (a) en el mutuo no hay obligación sin plazo, mientras que en el negocio “depósito bancario” el banco debe restituir la suma depositada, total o parcialmente, al primer requerimiento; (b) la finalidad económica de quien deposita una suma de dinero en el banco es la seguridad de tal entrega; el banquero que usufructúa esa suma puede consentir en pagar un interés, generalmente reducido, pero no por ello se transforma en prestatario.

Las observaciones de la crítica precedente no han convencido del todo a los juristas por cuanto, como se ha sostenido, el préstamo no es inconciliable con la obligación de devolver al primer requerimiento del acreedor. Quizá la mayor objeción que se formula es aquella centrada en la finalidad económica que las partes persiguen, lo que resulta dificultoso de determinar, de manera fehaciente, en la práctica cotidiana.

69. Tesis del depósito irregular

Una buena cantidad de autores considera que el depósito bancario es un depósito irregular, ponderando de modo primordial la circunstancia de los “depósitos a la vista”.

RIPERT dice que el depósito en un banco es un contrato por el cual una persona entrega una cierta suma de dinero a un banquero, el que se compromete a restituirla a su pedido. No habiendo sido previsto por la ley comercial, este contrato se mantiene bajo las reglas de aplicación del Código Civil, salvo las derogaciones que resulten de la voluntad de las partes o de los usos. Como la cosa depositada es una suma de dinero, el banquero depositario tiene el uso de la misma y está obligado solamente a restituir la cosa recibida. El depósito es, pues, el llamado depósito irregular (con la reserva planteada respecto de su naturaleza).

Otros autores, que se pronuncian en favor de esta opinión, sostienen que el depósito en dinero constituye un depósito de capital. Refiriéndose a este contrato se dice que su función es “la conservación del capital”. Alguna explicación doctrinaria encuentra el servicio principal prestado por el depositario en la dilación de restitución (SIMONETTO): en otras palabras, lo que procura el depositante es la seguridad y guarda del dinero por todo el tiempo que dure esa protección. Incluso se habla de un pactum de non restituendo por el depositario.

Son varias las críticas que se han levantado con referencia a esta doctrina del depósito irregular, como la figura evocativa del depósito bancario. Así se ha dicho que en el depósito no se puede prescindir de la noción de guarda, mientras que el banquero tiene el derecho de disposición de la cosa. Además, no es exacta la devolución del tantumdem por el banco, dado que éste cuenta con su técnica y experiencia que le permiten maniobrar la devolución en determinadas condiciones.

Todas estas explicaciones no toman en cuenta -o lo hacen marginalmente- el concepto de “empresa”, en la cuestión, el que desarrolla FERRARA (h.).

Entendida la finalidad del depósito como conservación de una masa de bienes con una mayor seguridad que aquella que podría existir conservando las cosas por sí mismo -dice este autor-, tal seguridad representada en el depósito regular por la custodia diligente que el depositario debe prestar para estar en condiciones de cumplir con la restitución frente al requerimiento, en el depósito bancario se ofrece, en mérito a la calidad de la empresa, es decir por el hecho de que el depósito se incorpora a una masa de operaciones homogéneas de suerte que haciéndose efectiva la obligación de restitución en momentos distintos, cada una de las operaciones de depósito garantiza recíprocamente la existencia de un fondo de dinero suficiente para hacer frente al pedido de retiro, de donde la certeza de poder reintegrarse en cualquier momento en la disponibilidad directa de la suma depositada.

70. Variantes de la doctrina

Otra parte de la doctrina -ESCARRA- se rebela contra la pretendida asimilación del depósito bancario a uno u otro contrato tradicional diciendo que aquél es una institución original en la que se puede ver un “ejemplo marcado de esa tendencia del derecho comercial a romper los cuadros estrechos y, a menudo, desusados, del derecho civil”.

En alguna variante se vincula el depósito bancario a una noción de contenido genérico, ya sea contrato de custodia o contrato de crédito. La primera explicación ha sido desarrollada por COLAGROSSO diciendo que el servicio está representado por la custodia tendiente a proteger la integridad física y jurídica de la cosa depositada. La figura genérica es la del

contrato de custodia, de la cual el depósito no es sino una especie.

El concepto de custodia no tiene un contenido rígido y comprende todo medio tendiente a obtener para el depositante la disponibilidad actual y permanente de la cosa depositada. En síntesis, el autor que propicia doctrinariamente la custodia sostiene que el depósito bancario comprende categorías heterogéneas de negocios de fiducia y de custodia, que se integran en una figura general y autónoma, dominada por el concepto de entrega o tradición.

La segunda explicación ha sido expuesta, entre otros, por FIORENTINO afirmando que el depósito bancario, dentro de la categoría de los depósitos irregulares, viene a constituir por sus particularidades específicas un subtipo dentro del género representado por el contrato de crédito, que abarca también al mutuo. Afirma la unidad del negocio, agregando que tiene las características de un contrato de crédito, siendo dificultoso determinar si responde a un fin de seguridad o, más bien, a la idea de inversión; es decir, si se trata de un mutuo o de un depósito irregular.

“Pero con respecto al banco las sumas recibidas tienen como destino la realización de Operaciones de crédito y la institución funciona como un organismo que recibe dinero para redistribuirlo en forma de préstamo a sus clientes donde resulta que el contrato de depósito es para el depositante un fin en sí mismo, mientras que para la institución de crédito es un medio tendiente a un fin ulterior”.

Por último -en esta síntesis del pensamiento del autor italiano-, es interesante consignar que lo vincula con su Código Civil al señalar que el depósito bancario, elemento de una serie subjetivamente calificada, penetra dentro de las disposiciones que ese cuerpo legal considera para los contratos bancarios, leyes especiales y usos, no aplicables, necesariamente, a otros depósitos irregulares.

Concluyendo, el depósito bancario es un contrato de depósito irregular, entendido como contrato de crédito, particularmente calificado por la calidad profesional de depositario. Dentro de esta concepción del depósito bancario como contrato de crédito correspondería, también, mencionar a MOLLE. Después de admitida la autonomía del depósito irregular llega a concluir que el depósito bancario se presenta como una operación sui generis, presentándose como el anillo de conjunción entre el depósito y el mutuo.

En realidad, lo que caracteriza al depósito bancario es la intervención necesaria de un banco, es decir, de una empresa organizada para realizar operaciones en masa. El banco no está obligado a conservar el tantumdem, siéndole suficiente mantener una reserva. Además cabría consignar la posibilidad de utilizar la organización del banco, que caracteriza al depósito bancario, diferenciándolo de otras figuras afines.

Para MOLLE el depósito bancario es un contrato en sí, en el que es norma la intervención del banco y que se caracteriza por la obligación de este último de tener a disposición del depositante, para la restitución, la suma de dinero a él entregada, en los términos convenidos y de la que ha adquirido el dominio.

71. Nuestro derecho

La cuestión es considerada -entre otros por WILUAMS- quien comienza por afirmar que la tesis del mutuo en el depósito bancario podría encontrar apoyo en el artículo 571, Código de Comercio, con referencia al préstamo y que reza: “Las disposiciones de este título se observarán sin perjuicio de lo establecido para la cuenta corriente”.

A nuestro entender se trata de una norma de redacción imprecisa y conforme a la cual la

implicación del mutuo -tratando de explicarse el depósito bancario- se vería de una manera meramente tangencial.

Basándose fundamentalmente en la interpretación del artículo 575, Código de Comercio, disponiendo que: “El depositario de una cantidad de dinero no puede usar de ella...”, WILLIAMS sostiene que en los depósitos bancarios, por tratarse de depósitos de fondos, la propiedad del dinero es sustituida por la propiedad del crédito que resulta de los importes depositados en el banco y respecto de dicho crédito recae la obligación de custodia que asume la entidad financiera. Tesis –ésta- aceptada por la Casación italiana en una sentencia del 21.11.63, pero que fuera criticada por buena parte de la doctrina de ese país por considerarla viciada al no reconocer la diferencia entre el momento estructural y aquel otro funcional de la relación establecida¹².

“En consecuencia -agrega el autor antes citado- la circunstancia de que el crédito del depositante sea disponible no es una situación de hecho sino que es de derecho, que adquiere y determina la modalidad especial de la obligación asumida por el banco a pagar con prontitud y que, además, constituye un derecho del depositante respecto del dinero en manos de la entidad financiera”.

En nuestra opinión -y sin perjuicio de la crítica ya mencionada que la doctrina italiana formulara al punto de vista esgrimido por la Casación-, entendemos que el citado artículo 575 del Código de Comercio no es de aplicación a nuestro caso por cuanto el banco, como depositario de los fondos aportados por su cliente, precisamente tiene derecho a usarlos dentro de las reglas y prácticas del negocio bancario.

Esto se encuentra corroborado por otro artículo del mismo título del depósito -artículo 579- que dice: “Los depósitos hechos en bancos públicos quedan sujetos a las disposiciones de las leyes, estatutos o reglamentos de su institución: norma que ha sido comentada por FERNANDEZ al decir que los depósitos bancarios se rigen por otros preceptos y se remite al artículo 579: depósitos en bancos públicos”.

Por tanto, es dable participar de la inteligencia de que el Código de Comercio ha considerado como particular la situación del depósito en los bancos públicos; terminología ésta que, si bien poco precisa, es suficientemente indicativa de que en la mens legis se encontraba implicada dicha particularidad, frente al depósito ordinario o común.

72. Caracteres del contrato

El depósito bancario -conforme a la doctrina mayoritaria- es un contrato real por cuanto se perfecciona mediante la entrega del dinero al banco y la obligación de este último a su restitución.

WILLIAMS se pronuncia en contra de esta opinión y da como fundamentos los artículos 575 del Código de Comercio y 1141 del Código Civil para sostener, finalmente, que es un contrato consensual; tesis, como se ve, propia de ese autor tan personal en algunos puntos de vista jurídico-económicos.

Es un contrato unilateral por cuanto a la obligación, por el banco, de restituir el dinero depositado, no se contraponen obligaciones alguna a cargo de depositante.

Es un contrato de concesión de crédito por cuanto, como en el depósito irregular, el derecho de propiedad del depositante se transforma en un derecho de crédito. El contrato se adscribe a la categoría de los contratos de “disponibilidad”.

Es un contrato a título gratuito, es decir que la ventaja está totalmente (o en su mayor parte)

a favor de una parte y el sacrificio a cargo de la otra. La ventaja del depositante es la de conservar la disponibilidad de las sumas depositadas e, incluso, poder percibir un interés; la ventaja del banco se realiza fuera de la estructura del contrato y carece de influencia para determinar la onerosidad.

Es un contrato de adhesión, por cuanto el depositante acepta las condiciones predispuestas por el banco. WILLIAMS se muestra contrario a esta aseveración, basándose en su criterio respecto a las condiciones generales en materia de contratación bancaria; pero es cierto que con independencia de la desigualdad de poder, en principio, de ambas partes, las condiciones que un banco determina para acceder a la apertura de una cuenta comente por el cliente, están prefijando ciertas características de esa relación de las cuales el depósito no puede alejarse.

Es un contrato no solemne; no obstante lo cual en nuestro derecho positivo la cuenta corriente bancaria, así como los depósitos en caja de ahorro y a plazo fijo están sujetos a las disposiciones del Código de Comercio y de las circulares OPASI-1 y 2 del BCRA.

73. Modalidades

Las diferentes modalidades de depósitos varían en función de la práctica bancaria, considerándose determinados fundamentos.

Así, por ejemplo, de acuerdo a la forma de ejecución se entiende que hay depósitos en cuenta corriente y depósitos simples. En estos últimos, la cantidad es entregada al banco y no puede ser retirada más que de una sola vez, en un plazo generalmente fijo; mientras que en los primeros existe una multiplicidad de entregas y de retiros que son propios de las operaciones en cuenta corriente.

En cuanto a la duración, hay depósitos con vencimiento fijo, con preaviso (que puede ser breve o prolongado) y a la vista. Los depósitos con vencimiento fijo responden a un determinado lapso, que puede variar entre algunos meses y un año. El preaviso es convenido anticipadamente por ambas partes, dependiendo también, en algún sentido, de la cuantía del depósito, para hacer más o menos prolongado el preaviso. En cuanto a los depósitos a la vista pueden ser retirados, total o parcialmente, por el depositante, en cualquier momento.

Los depósitos en cuenta corriente comprenden aquellos propiamente dichos en los cuales la extracción de fondos se efectúa mediante cheques y aquellos otros considerados como depósito de ahorro, en los cuales los depósitos y las extracciones quedan documentadas mediante una libreta de ahorro o comprobante similar, dependiendo del sistema de contabilización que lleve el banco.

Quedaría por mencionar a los depósitos en custodia que se dividen en depósitos cerrados (casi inexistentes en la actualidad) y depósitos abiertos constituidos por la entrega de títulos nacionales o extranjeros. En esta última clase al banco formula un recibo provisorio de los títulos que recibe, obligándose a la restitución de las cosas depositadas, mientras que el depositante conserva la disponibilidad de los títulos, teniendo en cuenta que el término pactado es a su favor.

74. Cuentas conjuntas

Los depósitos pueden ser constituidos por más de una persona, ocurriendo entonces lo que se denomina “cuenta conjunta”. Estas cuentas pueden ser simples o solidarias: son simples cuando cada uno de los titulares tiene un derecho a su cuota, constituyéndose una obligación múltiple, conjunta, pudiendo los titulares retirar la suma depositada en forma conjunta, no, exigir su cuota individual.

También los depósitos pueden ser solidarios. Cuando son simples, MOLLE nos dice que pueden ocurrir dificultades por lo que en la práctica es frecuente que, al momento de constituirse la relación o con posterioridad, se otorgue mandato recíproco de obrar o, bien, que tal mandato sea conferido a una sola de las partes.

En la práctica bancaria parecieran ser más importantes las cuentas conjuntas que dan facultad a cada uno de los intestatarios a cumplir las obligaciones en forma separada. Por efecto de las mismas se constituye una obligación solidaria activa, que surge por voluntad de los interesados.

Para el supuesto de embargo por parte del acreedor de uno de los titulares de un depósito conjunto solidario, solamente debe incidir sobre la cuota parte propiedad de su deudor teniendo en cuenta que la solidaridad activa no recae sobre un único crédito sino sobre una serie de relaciones obligatorias distintas.

WILLIAMS hace el distingo para el caso de que el banco conociera la cuota parte que correspondía en la cuenta al deudor embargado, o no. Para el primer supuesto, el banco se encuentra obligado a respetar dicho embargo por aquella parte, con fundamento en el artículo 713 del Código Civil; no ocurriendo lo mismo en el segundo supuesto que constituye, por lo demás, el caso normal en las cuentas conjuntas. En esta hipótesis el banco debe cumplir el embargo sobre la totalidad de la cuenta y proceder a su cierre. Los titulares, fuera del deudor embargado, pueden solicitar el levantamiento del embargo acorde con las normas procesales en la materia.

75. Cuentas a nombre de terceros o a favor de éstos

Puede constituirse el depósito a nombre de otra persona o, bien, que constituido a nombre de una, sea pagado a una tercera parte; forma de depósito que, al parecer, es más habitual en las cajas de ahorro.

En este caso se presume que el estipulante actuó como mandatario del titular el cual adquiere el carácter de contratante directo con el banco, es decir, como depositante. En otro supuesto, se trata de un caso de contrato a favor de tercero, conservando el estipulante el derecho de revocación hasta que no se produjere la adhesión del beneficiario. Acorde con esta modalidad, la posición del banco es que las relaciones entre las partes son irrelevantes para aquél, aun en la hipótesis de que se diera a conocer la realidad de las vinculaciones existentes.

76. Cuentas por cuenta

Este otro caso se refiere al depósito efectuado por el representante legal de un tercero, por ejemplo, el del tutor de un menor o el síndico como órgano de la quiebra; hipótesis en las cuales los titulares serían el menor o el concurso, para ambos ejemplos.

En esta clase de depósitos, quien los efectúa solamente puede disponer de las sumas

depositadas previa autorización de la autoridad respectiva.

Otra modalidad ~n estas variantes- es aquella por la cual una parte, en el caso un profesional (como abogado, escribano o contador público) indicara que los fondos depositados en el banco pertenecen a sus respectivos clientes.

En el fondo de todo esto apreciamos que se contraponen las figuras del titular jurídico del depósito versus la del titular económico del mismo, diferenciándose, ambas, en sus relaciones con la entidad bancaria.

77. Restitución de las sumas depositadas como obligación del banco

El banco debe restituir las sumas depositadas a requerimiento del depositante. Tal restitución no puede ser hecha a quien no se encontrare legitimado a reclamarla. En ningún caso -agrega MOLLE- puede pretenderse que el requirente pruebe ser propietario de las sumas depositadas.

En el supuesto de que se establezca un preaviso para la restitución, debe ser considerado como operando para ambas partes. El preaviso puede ser revocado expresa o tácitamente. WILLAMS sostiene que tal revocación se producirá cuando haya transcurrido un cierto número de días a contar del vencimiento del plazo, oscilante entre los cinco y quince días; pero el autor citado no acuerda fundamento a su conclusión por lo que estimamos preferible atenemos en la materia a la siempre vigente fuente de los “usos bancarios”.

El preaviso interrumpe el curso de los intereses. Para su cómputo no se toma en cuenta el día en que llega a conocimiento del banco por lo que el monto es reembolsable al día siguiente de que se produjere el vencimiento. Si el preaviso es fijado en meses vence en el día correspondiente al mes siguiente; así, un preaviso por un mes que se cursara el 16 de octubre vence el 17 de noviembre.

En cuanto a los depósitos efectuados en moneda extranjera la regla general es que debe efectuarse la restitución en dicha moneda (art. 576, Cód. Com.): las variaciones del cambio recaen sobre el depositante debiendo considerarse al depósito como “de pago efectivo en moneda extranjera” (decreto-ley 5965/63. art. 44).

En la cuestión pueden existir normas de naturaleza publicística, como por ejemplo cuando se establece el control de cambios, en cuyo caso las reglas precedentes hallan su excepción debido a la prevalecencia de lo público sobre lo convenido en forma privada.

Además nos encontramos con el antecedente del artículo 131 L. C. estableciendo a opción del acreedor la conversión de la moneda extranjera a moneda de curso legal en la República: regla que, ahora, debe ser interpretada en función de la Ley de Convertibilidad del Austral 23.928.

78. Causas de liberación del depositario

Se entiende que son la compensación y la prescripción.

La primera está regida por el artículo 2223 del Código Civil que dice: El depositario puede retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le debe también por depósito. Esta norma es considerada doctrinariamente como una excepción a la dispuesta por el artículo 824 del mismo cuerpo legal.

Con referencia a la prescripción es aplicable, como regla general, la prescripción ordinaria

estableciendo un plazo de diez años, sin distinción entre presentes y ausentes, siempre que por otra normativa no se estableciera una prescripción más corta.

Este plazo prescripcional es el aplicable a los depósitos bancarios. WILLIAMS, en su intento de avalar esta solución, invoca como fundamento el artículo 48, inciso d) de la ley 21.526 referida a la liquidación 'extrajudicial' de entidades financieras, por la que se establece que “las sumas de dinero no reclamadas por sus titulares serán depositadas a nombre de la liquidación y a la orden del juez por el plazo de diez años...”

Para nosotros, tal argumentación no es convincente. Se trata de una disposición de Derecho Público Bancario establecida para esa clase de liquidación “administrativa” (por oposición a la concursal, que es llamada judicial en el citado texto legal), que es privativa de tal particular procedimiento liquidatorio no pudiendo, en consecuencia, hacerlo extensivo a una prescripción propia del derecho privado bancario y generalizando para este tipo de depósitos. Esa norma de la Ley de Entidades Financieras se ha dictado para, en cierta medida, poner punto final a una liquidación de entidad financiera dispuesta por el BCRA; no para que se la interprete como fundamento de una regla o principio privatista, mucho más general, como es el de prescripción decenal ordinaria.

La naturaleza del depósito bancario será la determinante del momento desde el cual empieza a operar el plazo prescripcional.

La regla operativa del curso de prescripción indica que corre desde la fecha de determinación del saldo, producto de extracción y depósitos por el depositante.

La condición para que empiece a correr la prescripción es que exista un derecho que, pudiendo ser ejercitado, de hecho no lo fuera. En este supuesto se produciría la situación de inercia que desencadena la prescripción.

Cualquier medida que tomare el banco puede ser acto interruptivo de la prescripción, como por ejemplo, el pago de intereses, el envío de un resumen de cuentas, etcétera; es decir la exteriorización de una conducta que mantuviera vivo el derecho de la contraparte.

No procede la suspensión de la prescripción en materia comercial en virtud de lo dispuesto por el artículo 845 del Código de Comercio: “Todos los términos señalados para intentar alguna acción o practicar cualquier otro acto son fatales e improrrogables y corren indistintamente contra cualquier clase de personas...”

Excepción a lo anterior la constituye el recurso del incapaz contra su representante necesario y lo preceptuado por el artículo 3980 del Código Civil: “Cuando por razón de dificultades O imposibilidad de hecho se hubiera impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a librar al acreedor o al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos inmediatamente”.

WILLIAMS cita el caso surgido de la práctica bancaria cuando la cuenta de un cliente se encuentra inmovilizada por un lapso prolongado, quedando un limitado importe de ella. En esta situación el banco suele arrogarse mediante una cláusula ad hoc la facultad por la cual podrá rescindir unilateralmente el contrato y devolver el importe al cliente o, bien, consignarlo judicialmente.

79. Resolución

El contrato de depósito se extingue cuando el depositante retira en su totalidad las sumas depositadas o da orden para que las mismas sean transferidas a otra entidad o a otro

establecimiento del mismo banco, distinto de aquel donde se hubiera celebrado el contrato. Cuando se trata de contratos estipulados a plazo indeterminado, cada una de las partes posee el derecho de rescindir el contrato mediante una declaración unilateral emitida de conformidad con los usos bancarios de plaza.

Aun cuando el contrato sea a plazo, el depositante puede resolver el contrato en caso de que el banco no pague los intereses pactados o, bien, rechace la devolución del depósito en las condiciones pactadas.

Producida la resolución del contrato el banco puede liberarse mediante la consignación judicial del importe. En general, la doctrina sostiene que no hay otro medio de liberación que el antes señalado (arts. 756 y sigs., Cód. Civ.). La aplicación del artículo 45 de la ley cambiaria -que no podría aplicarse por vía analógica- configura una aproximación dudosa a la solución legal.

Como causas de resolución contractual -además del mutuo consentimiento entre partes-, cabe mencionar la muerte, interdicción, demencia, quiebra o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre administración de sus bienes.

CAPÍTULO VII APERTURA DE CRÉDITO

80. Noción

Hay que hacer una distinción en el sentido de que, en la práctica bancaria se suele decir que el banco abre un crédito cuando se obliga a cumplir determinada operación que importe la concesión de un crédito. Así ocurre en todas las variantes explicitadas, por ejemplo, en el descuento de documentos o en el anticipo sobre títulos o mercaderías o en la financiación de una operación, etcétera.

Diversamente, existe una apertura de crédito cuando el banco se obliga a tener a disposición del acreditado una cierta suma por un cierto tiempo o por tiempo indeterminado, con facultad para el acreditado de utilizar tal suma según la modalidad convenida o, bien, por el uso.

La apertura de crédito es la promesa del banco de consentir a una operación de crédito determinado. El crédito se promete, no siendo acordado de inmediato sino cuando el cliente lo requiera.

Configura una verdadera convención, siendo considerada por la doctrina como un contrato sui generis, con un objeto especial: el crédito que se consiente. En el fondo, debería acordarse que hay tantas aperturas como modalidades de crédito que se soliciten: así, promesa de un préstamo, de un descuento, etcétera. Pero ello no desvirtúa la esencia del negocio que es, precisamente, la acreditación a favor del cliente.

Desde cierto perfil se considera que existe un carácter unilateral en la apertura del crédito: el término promesa subraya dicho carácter. Pero hay que ponerse de acuerdo respecto de esta afirmación: significa que el banco está obligado a acordar el crédito prometido, aunque el cliente no se encuentra obligado de demandar la ejecución de la promesa. Por su parte, el cliente desde la conclusión de la apertura de crédito está obligado a pagar una comisión que se denomina “de confirmación” por lo que llega a surgir, entonces, el carácter sinalagmático de la operación.

Otro aspecto que es digno de subrayarse es el de la confianza del banco: el negocio se mueve dentro de los carriles de la *intuitio personae*.

81. Consideraciones de la doctrina

La apertura de crédito ha constituido una forma evolucionada del mutuo por cuanto se encuentra dirigida a satisfacer exigencias de la misma naturaleza, pero con ciertos agregados a los cuales el esquema rígido del mutuo no podría plegarse.

Mientras que el mutuo sirve a quien necesita del dinero en forma inmediata, diversamente la apertura de crédito opera para aquél que habrá de recurrir al dinero en un lapso prolongado, en momentos en que no están predeterminados o sea cuando surja para él la necesidad de contar con fondos.

Lo que en realidad configura la apertura de crédito es la creación, a favor del acreditado, de una “disponibilidad” que, si bien permanecerá en la caja del banco, aquél podrá utilizarla en el momento que la necesite.

En el sentido antes indicado se ha considerado también (FERRI) que este contrato se asemeja al depósito bancario por cuanto los fondos, en el banco, están a disposición del requerimiento del acreditado, como habrían de estarlo a disposición del depositante.

La doctrina ha considerado otro aspecto de similitud de la apertura de crédito, en cuanto que la relación asume una función de servicio de caja. En efecto: el acreditado tiene el derecho de recomponer la situación técnica en la medida de nuevos y sucesivos aportes de fondos, con lo que el contrato adquiere un desarrollo análogo al de la cuenta corriente bancaria.

Se trata, en el fondo, de apreciaciones más o menos sutiles que la doctrina trata de precisar en cuanto que la actividad bancaria es polifacética, con inevitables entrecruzamientos de conceptos entre una figura y otra, todos tendientes a reforzar la relación cliente-banco.

A diferencia del mutuo, en el cual el mutuante carece de interés en saber qué destino se dará a los fondos entregados, en la apertura de crédito se debe indicar el destino de las sumas solicitadas por la elemental consideración de que el banco tiene interés en saber ese destino, a mérito de la oportuna devolución de lo anticipado.

Si el crédito es concedido para un fin determinado, la cláusula de destino pasa a ser un elemento causal del contrato. En este caso, se reconoce a favor del banco un derecho de control sobre lo operado por el acreditado. Hay, por parte de éste, una obligación de hacer, un *facere in rem propriam* cuya inobservancia es causa de resolución del contrato.

82. Naturaleza jurídica

Este tema ha sido considerado por la doctrina (francesa e italiana) en forma no siempre clara, por lo que trataremos de sintetizarlo a mérito del carácter concreto que queremos imprimir a nuestra obra.

En primer término -y siguiendo los lineamientos de la doctrina francesa-, se ha considerado el contrato como un préstamo condicional: condición suspensiva de que el cliente exigirá en el futuro la realización del crédito.

GAVALDA et al nos dicen que se impone la tesis de una promesa unilateral de contrato, siendo esta opinión admitida por la mayoría de los autores franceses, con alguna

divergencia a la que habremos de referirnos más adelante. Esta promesa difiere, seguramente, de la mayor parte de las promesas usuales de contrato que no significan al beneficiario más que la facultad de aceptar en bloque o no aceptar. Existe una mayor adaptación en la hipótesis de la apertura de crédito dado que el beneficiario puede utilizar sólo una parte de la suma prometida. Esta modalidad, ligada a la función económica del crédito no es incompatible, para nada, con la calificación de promesa de contrato. La opinión divergente es propiciada por ESCARRA y RAULT quienes dicen que mejor sería referirse a un contrato innominado y sui generis, el que se desenvuelve en dos etapas: una, inmediata y esencial, consistente en poner a disposición del acreditado una suma determinada; la siguiente, la realización del crédito mediante cualquiera de las formas convenidas entre partes.

La doctrina italiana (sí bien haciendo la salvedad de que se desarrolla mayormente en torno de lo dispuesto por el Cód. Civ. de ese país, en la materia), en cierta medida profundiza más el tema, con variantes según los diversos autores.

Se había puesto en evidencia que el contenido propio del contrato consiste en la acreditación en si y por sí, teniendo por implicate un poder atribuido al acreditado de llegar hasta una cierta suma en la caja del banco. Según esta concepción, no dependiendo el momento perfeccionador de la relación de suministro de la suma debida, el contrato se perfecciona a partir de que el banco, accediendo a la petición del cliente, se obliga a éste. Existía, sin embargo, disenso respecto de la apertura de crédito y los actos de utilización por parte del acreditado, comprendiéndose entre éstos no solamente las erogaciones de sumas de dinero sino todos aquellos actos y negocios que, directa o indirectamente, pueden representar para el banco desembolsos de dinero. Era opinión recibida que también las relaciones obligatorias que vienen a constituirse entre el banco y los terceros, por orden del acreditado en la utilización del crédito, representan actos debidos y que se encuentren comprendidos en la obligación asumida por el banco.

Algunos autores consideraban tal vinculación calificando a la apertura de crédito como un contrato preliminar en cuanto que implica, por parte del banco, una obligación de prestarse a la conclusión de uno o más contratos definitivos, siendo considerados tales los actos de utilización del crédito.

MESSINEO, sin embargo, observaba que mientras la apertura de crédito tiene un contenido propio y una razón de ser, representando algo útil para el acreditado, independientemente de la utilización que hiciera del crédito, el contrato preliminar, en sentido opuesto, no es un fin en sí mismo sino que está dirigido a la formación de un nuevo negocio -el definitivo- con la consecuencia de que, faltando éste, el contrato preliminar pierde su razón de ser. Además, estaría faltando la homogeneidad entre el pretendido contrato preliminar y los contratos definitivos, siendo propio del contrato preliminar preanunciar el tipo técnico que se presentará en el contrato o contratos definitivos. Por otro lado, no se puede hablar de un contrato preliminar cuando la apertura de crédito desemboca en la formación de actos o negocios jurídicos unilaterales. Por último, que es incompatible con la índole del contrato preliminar, la supervivencia de la apertura de crédito respecto de los actos de utilización en cuanto que el preliminar, al hacer lugar al definitivo, se extingue.

Apunta MOLLE que la doctrina anteriormente criticada no se ceñía simplemente a parangonar el contrato de apertura de crédito con el contrato preliminar, sino que hablaba de un contrato análogo al preliminar. Quizá la mayor duda se presente en oportunidad de que el banco asuma obligaciones respecto de terceros, implicativos de la necesidad de un nuevo consentimiento por parte de aquél. En esta hipótesis, no pareciera forzado ver en la

apertura de crédito un contrato preparatorio de otros negocios.

Otro autor -SALANDRA-, encuadra la apertura de crédito entre los contratos de coordinación, es decir aquellos contratos cuya función es la de preordenar y organizar el desarrollo de una continuidad de relaciones futuras, según un esquema predispuesto, por el cual se tendría en la apertura de crédito la predisposición regulatoria de futuros contratos y de tantos diferentes contratos cuantos son los actos de utilización.

La crítica a esta doctrina es que en los contratos de coordinación, por sí mismos, no surja obligación entre las partes salvo aquello que se hubiera dispuesto con referencia a futuras contrataciones; lo que no ocurre en la apertura de crédito, contrato en el cual surge de inmediato, como se ha dicho, la obligación del banco, de tener una suma de dinero disponible para el acreditado.

Otra de las explicaciones doctrinarias que no se considera aceptable es aquella expuesta por FIORENTINO en el sentido de que valora la repetición de los actos de utilización como una de las características de la apertura de crédito, referida como formando parte del esquema de suministro. Diversamente, se puede comprobar que la repetición de los actos de utilización no corresponde necesariamente a la apertura de crédito; por lo demás, cuando se hace referencia a la figura de la cuenta corriente, se encuentra entonces un límite en la utilización completa de la disponibilidad, que sólo puede ser reconstituida si el acreditado hace aportes sucesivos.

La noción del contrato (por lo menos, recordamos, en función de la letra del Cód. Civ. italiano), prescinde del hecho de la utilización de las sumas acreditadas. Tal noción gravita únicamente sobre la puesta a disposición de las sumas y, por ende, de la creación de la disponibilidad, que debe ser mantenida por el banco durante todo el período previsto contractualmente.

Por lo tanto, es propia la atribución al acreditado de un poder tal que constituye el punto esencial de la apertura de crédito y la hace distinguible de otros contratos.

La acreditación configura un valor real que tiene el carácter de cosa (incorporal) en sentido jurídico. En este orden de ideas, la apertura de crédito es el prototipo de los negocios de crédito puro por cuanto es el crédito el objeto de la materia propia del contrato. Siendo en consecuencia considerada la adquisición del crédito como finalidad típica del contrato, éste queda perfeccionado cuando se concede el crédito.

De lo anteriormente expuesto se infiere que el acreditado no tiene una obligación, inherente al contrato, de utilizar el crédito que se concede. A modo de contraprestación de esa obligación asumida por el banco, el acreditado debe pagar una provisión, que es considerada como el precio del crédito.

El crédito por tales sumas no se entiende como vencido ni actual, sino en la circunstancia de que el acreditado no solicite el suministro. Tal requerimiento entra en la categoría de declaraciones recepticias, es decir que solamente tendrán eficacia cuando llegaren a conocimiento del banco.

83. Caracteres

Es un contrato consensual por cuanto, como se ha dicho, para su perfeccionamiento no se requiere la dación de la suma acreditada. Tiene efectos obligacionales, y no reales, por cuanto el banco permanece como propietario de la suma a entregarse hasta el momento en que se concrete tal circunstancia.

Es un contrato oneroso, por cuanto el banco asume obligaciones en correspondencia de algo que recibe (el precio del crédito), mientras que, por su parte, el acreditado a cambio de lo que da consigue una utilidad que tiene valor económico.

Es un contrato con prestaciones correspondientes, en el sentido de que el banco debe tener a disposición del cliente la suma de dinero prometida; mientras que por su lado el acreditado debe pagar el precio (provisión más intereses, éstos en el caso de utilización de los fondos).

Es un contrato de crédito, por ende, de duración o ejecución continuada, en cuanto es función de la relación que el cumplimiento se efectúe por una cierta duración.

Puede ser por tiempo determinado o tiempo indeterminado, según se ponga o no un límite temporal a la facultad del acreditado de utilizar el crédito.

Es un contrato no formal, por cuanto para su documentación no se requiere forma escrita alguna, pudiendo resultar de un acuerdo verbal.

84. Vinculación con otras relaciones

Se ha dicho que es un contrato “complejo” en la medida en que la apertura de crédito tiene un efecto inmediato -la puesta a disposición del acreditado, por el banco, de una suma de dinero y el pago por aquél, de un precio- y un efecto diferido, no esencial, que consiste en la utilización por el acreditado de esa suma, abonando intereses.

Pero ello no significa adherir a la opinión de algunos autores que aprecian esa complejidad en función de una relación de la apertura de crédito con la cuenta corriente bancaria, el depósito, el descuento, etcétera. En el fondo, debemos reafirmar que nos hallamos frente a un contrato único, por lo que más que a una combinación con otros contratos debería hacerse referencia a una vinculación con otras relaciones jurídicas que pueden surgir en aras de la apertura de crédito.

Son varios los casos explicativos de estas relaciones con otros contratos: MOLLE nos cita, por ejemplo, cuando por un descubierto se concede al acreditado una suma superior al débito, en cuya hipótesis tendríamos un depósito o bien, cuando el descubierto se origina en una facultad que otorga el banco para que sean descontados documentos, hasta una cierta suma. El requerimiento del descuento constituirá aquí, un acto de utilización del crédito o, por último, cuando la apertura de crédito se encuentre garantizada con cesión de crédito pro solvendo en el límite del descubierto otorgado y de los intereses.

85. Crédito de firma

Otra situación es la conocida como de crédito de firma, modalidad por la cual el banco concede el crédito en forma indirecta al obligarse con terceros por cuenta y en interés del acreditado, respecto de una determinada prestación pecuniaria. En la relación con el tercero se origina un negocio jurídico autónomo, utilizándose la expresión de que cuando se concede el crédito, el banco asume una obligación de contraer.

Se consideran créditos de firma a la aceptación bancaria, el aval y la fianza.

Con la aceptación bancaria, que puede ser garantizada o no, el banco acepta las letras de cambio emitidas por su cliente o por un tercero autorizado por este último. Habiendo sido el crédito concedido por el banco mediante su firma por aceptación, el acreditado deberá antes del vencimiento de la letra hacer llegar al banco los fondos necesarios para la extinción del

título.

En el caso del aval prestado por el banco responde al mismo fin que en el supuesto anterior, sea que se trate de una imposición dispuesta por el vencedor, al comprador, para que éste obtenga la firma del banco al librarse las letras contra él o bien sea que el propio cliente del banco requiriere el aval bancario a fin de facilitar la negociación.

Las fianzas bancarias pueden ser por tiempo determinado o indeterminado, sin limitación de suma o hasta un determinado importe. Por su parte, pueden encontrarse reforzadas mediante garantías reales, como por ejemplo, prenda.

86. Clases, funcionamiento y formas del crédito

La apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente.

Es simple cuando el acreditado puede utilizar el crédito, ya sea de una sola vez o en varias veces, mediante sucesivos retiros parciales. Es en cuenta corriente cuando el crédito puede ser utilizado, en varias veces y por medio de sucesivas reposiciones de fondos, haciendo retomar el monto a su importe inicial.

El objeto del contrato, como se ha dicho, consiste en el crédito que el banco concede al cliente por un importe determinado y con relación a una operación determinada. En principio, quedaría excluido el crédito por un monto ilimitado.

La forma más simple es la entrega de los fondos directamente al acreditado. En otros casos el crédito se hace efectivo mediante el pago a terceros portadores de cheques, habiéndose estipulado la acreditación de la disponibilidad en la cuenta corriente bancaria del acreditado.

Otro supuesto ocurre cuando hay más de un banco que interviene en la operatoria: el banco acreditante da la orden a un segundo banco para que éste efectúe la operación; en cuyo caso el primero viene a ser el verdadero acreedor, mientras que el segundo banco actúa como mandatario de aquél.

87. Obligaciones del banco acreditante

Deben estar expresamente previstas, conforme a lo pactado entre ambas partes: la apertura de crédito es un contrato cuyo contenido se proyecta hacia el futuro.

Correspondería aclarar, como punto de partida, que no existe unidad negocial entre la apertura de crédito y los actos onerosos con terceros: “cada relación jurídica tiene una causa autónoma”. Los negocios jurídicos con terceros están en una situación de subordinación respecto de la apertura de crédito.

RÍVES LANGE et al dicen que la determinación del alcance del compromiso del banco respecto de terceros puede dar lugar a dos nociones contradictorias. Por una parte, los terceros no pueden exigir la ejecución, en su beneficio, de un contrato que les es extraño. Por otro lado, el compromiso del banco puede constituirse, en beneficio del cliente, de un crédito que forma parte de su patrimonio como prenda común de los acreedores. ¿Cuál es el alcance de este compromiso?

Con todo el cuidado que debe tomarse la jurisprudencia extranjera (en este caso francesa), puede decirse que se ha considerado que la revocación, sin motivo, de la apertura de un crédito (por ejemplo, no querer pagar un cheque), constituye culpa que en ese país incluso

pudo configurar una responsabilidad penal. Pero fuera de hipótesis muy especiales, se entiende que cuando hay un compromiso irrevocable del banco respecto de terceros, el crédito puede ser pretendido por estos terceros: en esta circunstancia no hay una simple apertura de crédito.

Diversamente, cuando se trata de la apertura de crédito que podría llamarse clásica, el compromiso del banco no adquiere eficacia más que cuando el cliente toma intervención, no correspondiendo a los terceros pretender la ejecución de tal compromiso. En este supuesto, la fracción de crédito no utilizada deviene inembargable.

88. Presupuestos para la concesión del crédito

En el fondo lo fundamental entre acreditante y acreditado es una relación de confianza; este último deberá proporcionar al banco la información necesaria y suficiente que le fuera requerida y sobre la base de la cual el banco se formará su composición de lugar para el otorgamiento del crédito.

Se suele llevar un libro de registro de los créditos a otorgarse fijando los máximos que la parte bancaria podrá conceder. También en la práctica se lleva un libro de riesgos en el cual se anotan las obligaciones contraídas por cada cliente.

89. Prueba de la existencia de una apertura de crédito

En cuanto se trata de una operación comercial -lo es siempre respecto del banco-, puede ser probada mediante cualquier medio.

Estos autores sostienen, con un criterio que pareciera razonable, que en la práctica no es el propio principio del crédito lo que da lugar al litigio: es la extensión del compromiso del banco. “En muchos casos... las intenciones del banco se evidencian como bastante vagas. Entre la 'facilidad de caja', adelanto consentido por una duración indeterminada y la 'tolerancia', es decir el pago en descubierto cuando se produjere un vencimiento, aún renovada cuando los negocios del beneficiario parecen sanos, no hay exteriormente una diferencia marcada; la distinción es bastante dificultoso de precisarla teniendo en cuenta una terminología carente de precisión y uniformidad. Por lo tanto las situaciones jurídicas difieren profundamente de una hipótesis a otra. En ciertos casos existe una verdadera apertura de crédito que obliga al banco siempre que no hubiera sido revocada. En otros, al contrario, estamos en presencia de una serie más o menos prolongada de créditos puntuales, abiertos para un solo vencimiento, sin obligación de renovación”.

Otra parte de la doctrina de ese país entiende que los índices a tomar en cuenta por el juez son de valía desigual. Es el cliente quien debe aportar la prueba de que el banco le había acordado el crédito pretendido y, eventualmente, negado.

Hay situaciones que merecen análisis. Así la constitución de garantías no configura, siempre, un signo irrefutable de la concesión del crédito; los jueces deben investigar si la garantía se refería a un crédito ya otorgado o bien, a una promesa de crédito.

La percepción de una comisión de compromiso aparece como un signo más evidente de la apertura de crédito. No obstante, debe tenerse cuidado en que tal comisión no corresponda a un crédito ya otorgado, por cuanto suele percibirse con retardo.

Las fluctuaciones periódicas de un saldo deudor en cuenta son, generalmente, tenidas como índice de una apertura de crédito permanente. Si bien un solo descubierto a fin de mes

puede ser referido a un crédito ya otorgado, cuando tal circunstancia es reiterativa en sucesivos fines de mes, se puede entender tácitamente que se ha producido una apertura de crédito permanente. No se trata de una solución tenida como irrevocable; puede ser contradicho mediante la existencia de elementos contrarios como, por ejemplo, cartas del banco en ese sentido opuesto o llamadas de atención o prevención del banco, a su cliente, por haberse excedido en los créditos.

90. Prueba del contenido de la apertura de crédito

Una de las cuestiones fundamentales a dilucidar es la referida a los “límites” del compromiso del banco.

Más allá de los límites establecidos en su compromiso no existe promesa de crédito por parte del banco. Su derecho a rechazar la pretensión de un crédito excediendo lo prometido, es discrecional.

Si el crédito se mantiene dentro de los límites fijados, el banco debe mantener su promesa. Obviamente, puede denunciar su compromiso, pero sin incurrir en abuso del derecho.

En cuanto a la naturaleza del crédito, debe fijarse si se trata de uno determinado o bien, de otro del tipo revolving. En este último caso la repetición puede verse traducida en diversas modalidades tales como descuentos, descubiertos o facilidades de caja, etcétera.

El monto del crédito prometido puede ser precisado en función de la comisión de compromiso pagada o bien, de las garantías constituidas. Una cuestión delicada es aquella conocida como derecho al más elevado descubierto anterior, del que hubiera gozado el acreditado (tesis sostenida en algunos fallos de tribunales franceses). Sin embargo, alguna doctrina de ese país (GAVALDA) ha criticado ese enfoque de la cuestión, considerándolo como una extrapolación jurídica producto de la astucia.

Las condiciones particulares establecidas para la apertura del crédito son fundamentales. Se cita, por ejemplo, un caso concreto según el cual el banco ha otorgado descubiertos sucesivos a su cliente sobre la base de recibir periódicamente documentos para descontar. Pero si esta condición dejara de ser operativa, la concesión de los descubiertos no podría jurídicamente ser considerada como una apertura de crédito.

En cuanto a otros aspectos de la cuestión se evidencia en cierta medida la postura de la doctrina y jurisprudencia francesas en contra del banco: nos referimos a la situación de las condiciones generales negociales en función de la apertura de crédito y, asimismo, a la situación financiera de la empresa (cliente del banco).

RÍVES LANGE et al se pronuncian en disidencia a que tales circunstancias pudieran tenerse como determinantes de la negativa del banco a conceder el crédito. Razonan diciendo -en cuanto a las condiciones negociales generales- que precisamente el crédito es requerido para ir paliando esos problemas. Y respecto del mantenimiento de la situación financiera de la empresa, a su nivel anterior, no puede ser tomado tampoco como una condición en el otorgamiento del crédito prometido.

91. Obligaciones del acreditado

La primera obligación es la de provisión de cuenta que es correspectiva de la obligación del banco de tener a su disposición una suma determinada de dinero y por un tiempo

determinado. MOLLE sostiene que tal circunstancia está vinculada al carácter profesional o de empresa- del banco, por lo que debe ser percibida aun en defecto de pacto expreso sobre el particular.

La provisión puede ser cuantificada porcentualmente en el acto de concesión del crédito; generalmente se la mide en un porcentual calculado sobre el máximo del descubierto del período que se considere. Se la debita al término de la clausura de la cuenta.

Si la provisión es pactada solamente para el caso de falta de utilización del crédito, la obligación del acreditado es puesta bajo condición suspensiva; por lo cual el pago no es debido sino al vencimiento del término fijado para la utilización o bien, cuando se produjere una clausura provisoria de la cuenta, si el acreditado no hubiere utilizado el crédito en la medida prefijada.

En algunas operaciones de fuerte carácter especulativo se hace reconocer al cliente una “comisión especial” calculada globalmente a forfait. Otras veces, ese tipo de comisión se establece cuando los intereses no llegan a determinar cifra. La provisión de cuenta no excluye el derecho del banco de aplicar comisiones a cada una de las operaciones que cumple en ejecución de la relación vinculante, por ejemplo, el encaje de documentos, pago de facturas, etcétera.

Al utilizar el crédito el acreditado debe pagar los intereses correspondientes al goce del capital concedido por el banco. Los intereses corren normalmente desde el día de utilización de las sumas de dinero y por el importe de éstas.

Otra obligación del acreditado es la de retirar las sumas utilizadas.

En el supuesto de la apertura de crédito simple, el reembolso debe efectuarse el día fijado para la expiración de la apertura de crédito y el banco puede negarse a que el reembolso se lleve a cabo antes de la fecha convenida. El banco puede negarse al pago parcial (art. 742, Cód. Civ.).

Cuando la apertura de crédito es en cuenta corriente, el banco admite recibir reembolsos anticipados; inclusive, pudiera ocurrir que dichos reembolsos excedieran las sumas del crédito anticipado, sin que por ello desaparezca la relación fundamental de apertura de crédito.

92. Apertura de crédito en descubierto

La apertura de crédito puede ser en descubierto, llamada también “en blanco”.

En tal caso la base del negocio es la confianza entendida como valoración subjetiva y objetiva de la situación del acreditado. El banco da fe de la confianza y corrección de este último, teniendo como única garantía su patrimonio.

El crédito es concedido normalmente a comerciantes que venden sus facturas o a industriales que tienen necesidad de capitales para la adquisición de materias primas y de elaboración de productos.

De ordinario, el banco se hace, entregar pagarés para recupero y movilización de su eventual crédito. Estos no representan ninguna ulterior garantía a aquélla ofrecida personalmente por el propio acreditado, único firmante de los efectos comerciales, pero ello permite que el banco agilice el recupero de las sumas entregadas o movilizar su crédito.

En el primer caso, que se conoce como de cambialización del descubierto, el banco obtiene un título que por su eficacia ejecutiva refuerza la obligación del acreditado y, al mismo tiempo, consiente en accionar rápida y concretamente contra él para obtener el pago del

saldo a la clausura de la cuenta. En el segundo caso, habiéndose entregado los efectos para movilizar el crédito, el banco está autorizado para ponerlos en circulación y descontados a los fines de procurarse los fondos puestos a disposición del acreditado, con independencia de la utilización que éste hubiera hecho del crédito otorgado.

Dice WILLIAMS que en uno u otro caso la suscripción del documento no produce novación de la relación fundamental (art. 61, dec.ley 5965/63).

Se plantea una cuestión cuando las partes fijan un vencimiento a la apertura de crédito con plazo indeterminado o modifican el vencimiento de la misma, si es que fuera a plazo determinado, produciéndose la modificación mediante la libranza de una letra de cambio a fecha fija.

La doctrina nacional WILLIAMS disiente con MOLLE, basado en un ensayo anterior en el cual desarrollando la influencia de la relación cambiaria sobre la relación fundamental dice (siguiendo a LESCOT y ROBLOT): "Habiendo las partes convenido liquidar la relación fundamental por medio de una letra de cambio hay que reconocer que ambas han aceptado de antemano sustituir las condiciones de aquélla por las modalidades de ejecución de la obligación cambiaria. Por ejemplo, con respecto a la fecha de pago y al monto de la obligación".

Con independencia de este áspero problema de la causa -con expresión de DE SEMO-, entendemos que el citado autor nacional ha interpretado erróneamente el pensamiento de MOLLE, el que, luego de exponer la cuestión, agrega: Pero es necesario que exista tal voluntad, por cuanto la sola entrega de la cambial, para uno de los dos fines mencionados, encontrando la razón en el propio fin perseguido, no significa modificación de la relación (fundamental) y, por tanto, fijación de un término a la apertura de crédito, siendo tal plazo inoperante o inmodificable de aquel fijado originariamente, si la apertura de crédito fuere a tiempo determinado.

En otras palabras decimos que, más allá o más acá de esa harta incierta interrelación entre la relación fundamental o subyacente y la cambiaria, seguimos la opinión del tratadista italiano: la letra de cambio, por naturaleza, declaración unilateral de voluntad, no puede ser tenida como prioritaria comparativamente con un contrato en el que, sí, ha quedado exteriorizada la voluntad de ambas partes.

93. Garantía del contrato

El contrato que analizamos puede ser garantizado en forma personal o real por ambas. Se trata de una obligación en cabeza del acreditado: el banco, cuando la garantía resultare insuficiente, tendrá derecho a exigir un refuerzo de la misma o la sustitución del fiador si se tratara de una garantía personal. Si la garantía no se otorga o no queda formalizada en los términos del contrato, el banco puede negarse a posibilitar la utilización del crédito o, aun, a resolver el contrato (art. 216, Cód. Com.).

Como reglas comunes puede mencionarse: a) que la garantía subsiste hasta la terminación de la relación garantizada; b) que si la garantía resultara insuficiente, el banco puede exigir un suplemento de la garantía o la sustitución del fiador, si éste cayera en insolvencia o incapacidad; c) en caso de que el cliente no accediera, el banco puede reducir proporcionalmente el crédito al valor de la garantía o bien, resolver el contrato.

94. Formas para garantizar la apertura de crédito

Si se adopta la modalidad de una obligación cambiaria, puede concertarse en dos formas: a) con la firma, como librador o endosante de una letra de cambio, por el garante; (b) por aval. En la primera hipótesis se trataría de una fianza constituida cambiariamente respecto de una obligación preexistente y autónoma del vínculo cambiario, que tienen efecto sobre la concertación de la apertura de crédito teniendo en cuenta el vencimiento de la letra de cambio o la prescripción de la acción cambiaria.

En la segunda hipótesis no excluye la aplicación de algunas normas dictadas para la fianza, compatibles con la naturaleza abstracta del aval y extensibles a cualquier obligación de garantía. Correspondería aplicar, entonces, el artículo 2043 del Código Civil.

La modalidad de fianza puede involucrar diversos aspectos tales como una apertura de crédito por importe determinado -a vencimiento fijo o sin plazo- o bien comprendiendo aquello que se considera como fianza ómnibus, es decir, sin indicación de un límite máximo.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 482 del Código de Comercio, el fiador podrá exigir su liberación.

Otra modalidad es la de la prenda; dándose en garantía mercaderías o títulos de crédito. Aclarándose que la garantía debe ser efectiva al tiempo de la apertura de crédito.

Las cosas son valuadas al tiempo de constituir la garantía y la disminución de valor da derecho al banco a reducir el crédito con reintegro de la diferencia o exigiendo un suplemento de la garantía.

Estamos de acuerdo con WIIIAMS en el sentido de que la prenda operativa es aquella prenda con desplazamiento y no, la prenda con registro dado que, en esta última modalidad, lo que se garantiza es un mutuo y no una apertura de crédito.

Asimismo el crédito puede garantizarse mediante hipoteca registrada en los términos del artículo 3149 del Código Civil, para ser oponible a terceros.

Puede haber distintas hipótesis: a) si la apertura de crédito es simple, los retiros hechos por el cliente no constituyen créditos distintos sino que son elementos constitutivos del único crédito que resulte a la expiración del contrato. b) Si se trata de apertura de crédito en cuenta corriente, la deuda del acreditado sólo habrá de surgir a la clausura de la cuenta, determinante ésta, del crédito del banco y por ende de su derecho a hacer valer la hipoteca.

La prórroga del contrato vencido no importa novación ni perjudica la hipoteca. Si, por el contrario, se produce una renovación del contrato -especialmente si se otorga un crédito mayor que el otorgado precedentemente-, la hipoteca se extingue, salvo pacto en contrario. Quid en el caso de que la movilización del crédito se produjere mediante la libranza de pagarés hipotecarios: 1º) La anotación debe ser efectuada, también, en el pagaré, a fin de individualizarlo convenientemente. 2º) Con la transferencia del documento se transfiere erga omnes la hipoteca, sin necesidad de anotarse marginalmente.

Otras modalidades de garantía son la prenda de crédito y la cesión pro solvendo. Se diferencian entre sí por cuanto en la prenda de crédito la titularidad del mismo es del deudor quien puede transferirlo sin lesionar el derecho de preferencia del acreedor. Por el contrario, en la cesión pro solvendo la titularidad del crédito pasa al cesionario no pudiendo el cedente realizar actos sucesivos de disposición.

Si el crédito dado en prenda, o cedido, vence después de la obligación garantizada, el acreedor prendario o el cesionario tienen derecho al cobro del mismo, pero con una naturaleza distinta de su derecho, teniendo en cuenta que en la cesión de crédito se percibe

a título de dación en pago, mientras que en la prenda se da un supuesto análogo a aquel por el cual se vende la cosa prendada. Si el crédito vence con anterioridad, el banco abre una cuenta especial a favor del deudor o del cedente, a efectos de compensar dicho importe con su propio crédito.

95. Terminación del contrato

Los supuestos son varios: 1) Imposibilidad sobreviniente de la prestación; 2) Quiebra del acreditado. En el caso de disponerse la continuación de la empresa, el síndico puede obtener otro crédito sin pretender la continuación del anterior y en este caso las garantías que se hubieran acordado no se renuevan; 3) Muerte o incapacidad sobreviniente del acreditado; 4) Liquidación del banco (entendiendo por tal la liquidación extrajudicial o administrativa). Para el caso de la liquidación judicial o concursal rige la preceptiva de la quiebra; 5) Por el vencimiento del plazo estipulado; 6) Si la apertura fuere por tiempo indeterminado, cualesquiera de las partes pueden hacer uso del derecho de rescisión unilateral mediante un preaviso pactado, de común acuerdo o de acuerdo a los usos y costumbres o por la ley.

Otras causas de resolución se refieren a la naturaleza del contrato que, como se ha dicho, es intuitu personae de modo tal que una conducta disvaliosa por el acreditado o una disminución, por caso, en su situación patrimonial, pueden constituirse válidamente en justas causas de resolución.

También pueden considerarse los casos en que se conviene de manera expresa la rescisión contractual; rigiendo en estas situaciones lo preceptuado por el artículo 1197 del Código Civil. WILLIAMS aclara que cuando se trata de la apertura de crédito en cuenta corriente a tiempo indeterminado los bancos, por lo general, estampan una cláusula en su favor que estipula de manera expresa hasta la revocación.

96. Efectos de la conclusión

Son varios: 1) La obligación del banco de mantener la disponibilidad a la orden del cliente ya fuera que éste la hubiera utilizado o no, en su totalidad;

2) El acreditado tiene la obligación de restituir las cantidades utilizadas o que hubieran sido debitadas a la clausura de la cuenta, pagando la provisión, intereses, comisiones y gastos incurridos;

3) El acreditado no puede pretender que el banco dé curso a actos de utilización que hubiesen llegado a conocimiento de éste, luego de la clausura o del vencimiento;

4) Igual solución debe adoptarse cuando el banco resuelve el contrato por justa causa. Pero la suspensión sólo ocurre cuando la resolución del banco llegare a conocimiento del cliente. WILLIAMS aclara que en defensa de los intereses del banco y ante una norma expresa en nuestro derecho, resultaría saludable estipular que la suspensión de la utilización del crédito habría de producirse desde el momento en que la declaración es enviada al acreditado. No nos convencen estos argumentos, de por sí, inconsistentes; inclinándonos, mejor, por mantener el carácter recepticio de la declaración, para que fuera efectiva.

97. Antecedentes y denominación

Sin que interese mayormente, los antecedentes históricos de una operación conocida desde muchos siglos atrás, que había sido concedida en cierto modo como una regalía con caracteres monopólicos y mediante la cual se pensaba eludir el anatema de la usura, la anticipación bancaria ha sido una de las prácticas de bancos más difundida y evolucionada. Esta se desarrolló con las operaciones de cambio de moneda por cuanto la prenda de cosas de valor constituía la garantía más segura; más tarde pasaría a ser operación de crédito cuando se dispuso de dineros de terceros, es decir, con la moneda que los cambistas y los bancos de depósito recibían en custodia, en primera instancia, y luego con la facultad de uso.

La denominación de este contrato ha originado cierta polémica:

WILLIAMS prefiere llamarla mutuo prendario a los efectos de poder caracterizarlo, agrega, como un contrato bancario específico.

Nosotros nos inclinamos por la denominación tradicional de anticipación bancaria por la simple razón de que más allá -en cierto modo- de sus consideraciones jurídicas, se encuentra el sustento de la técnica bancaria que diera lugar a ese anticipo con el carácter de préstamo, que visualiza permanentemente a esta operatoria.

98. Formas

La anticipación bancaria puede ser propia o impropia. Es propia cuando las cosas dadas en prenda permanecen en propiedad del deudor y el banco asume la custodia de ellas, con la obligación de restituir las en idem corpus cuando el beneficiario de la operación hubiere cumplido su obligación. Esta es la forma más utilizada en la práctica, implicativa de que las mercaderías o los títulos han sido individualizados al momento de su entrega.

Es impropia cuando se constituyen en prenda cosas fungibles no individualizadas al tiempo de su entrega o, bien, que aun siendo individualizadas, se concede al banco el derecho de disponer libremente de ellas.

99. Objeto de la prenda

En la anticipación bancaria, objeto de la prenda puede ser cualquier cosa mueble de valor: pero el tecnicismo bancario ha llegado a limitar tal objeto a los títulos de crédito, a las mercaderías y títulos representativos de éstas, a cosas que por tener un precio corriente de mercado o de bolsa, suficientemente amplio, ofrecen dos posibilidades: en primer término, la de consentir la variación casi inmediata del valor que tales cosas ofrecen en el mercado, a fin de mantener constante la relación entre tal valor y el monto de la anticipación. En segundo término, cuando el beneficiario no llegare a cumplir su obligación de restituir las sumas recibidas, la de consentir una pronta y fácil liquidación en el mercado de las mismas

cosas, por su aptitud para ser convertidas en dinero mediante la venta coactiva.

100. Naturaleza jurídica

La cuestión deviene bastante compleja por cuanto, más allá de una concepción doctrinaria propiamente dicha, en el país donde quizá se haya discutido más el tema –Italia- su Código Civil ha normado el contrato en los artículos 1846/1850. En otras palabras, la doctrina se halla en cierto modo interferida por el derecho positivo de ese país, lo cual, por cierto, no es poco.

Al considerar el tema nos dice MOLLE que MESSINEO, uno de los autores que más ha profundizado la investigación, sostuvo su punto de vista en el sentido de considerar a la anticipación bancaria como una apertura de crédito con garantía real mobiliaria; es decir, una relación conceptual de especie (anticipación) a género (apertura de crédito).

Con diferente enfoque otro autor, SPINELLI, entiende que, la anticipación bancaria es una hipótesis compleja resultante de la combinación de un negocio de crédito similar al mutuo y de un negocio de garantía análogo a la prenda, todo ello vinculado a la voluntad de mantener constante la relación preestablecida entre el valor de las cosas dadas en garantía y la suma consignada.

Dejando de lado la opinión ecléctica de GRECO que ve por un lado una operación compleja y, por el otro, un negocio unitario dotado de función propia, se encuentra también la tesis de PORZIO según la cual la autonomía de las operaciones se limitaría a la relación de garantía caracterizada por el objeto de la prenda; considerándose reducida, en síntesis, a un subtipo de la prenda, que podría acceder a cualquier operación típica o atípica del banco. Luego de un análisis de la cuestión concluye diciendo que, si bien entre la anticipación bancaria y el mutuo pignoraticio hay analogía, no por ello podría hablarse de identidad entre ambos contratos; debería tenerse a la primera como un contrato autónomo.

En el mutuo, el mutuario no puede pretender la restitución anticipada de las sumas que se le han consignado; mientras que, por el contrario, en la anticipación bancaria el beneficiario puede, en cualquier momento y aun antes del vencimiento del contrato, restituir parcialmente las sumas recibidas, encontrándose el banco obligado a ello.

Correlativamente, con el reembolso parcial de tales sumas, el beneficiario de la anticipación adquiere el derecho de retirar proporcionalmente parte de las cosas dadas en prenda, lo que no ocurre en el mutuo pignoraticio sino hasta que se hubieren pagado totalmente el capital y los intereses.

Por otro lado, la insuficiencia de la garantía que sobrevenga en el curso de la relación tiene efectos diversos en ambos contratos. En la anticipación bancaria, diferentemente al caso del mutuo pignoraticio, el derecho al suplemento de la garantía surge a favor del banco, no solamente si las mercaderías se deterioran a causa de hechos materiales, sino también si llegaren a perder su valor como consecuencia de circunstancias económicas o políticas, determinantes de una reducción en los precios de bolsas o de mercados.

La diferencia esencial entre ambos negocios, en síntesis, consiste en la diversa función que la garantía tiene en uno y otro negocio. Mientras que en el mutuo pignoraticio constituye un accesorio del negocio de crédito, en la anticipación bancaria se vincula estructural y funcionalmente con este último, dando al contrato una nueva caracterización propia que lo distingue de los otros contratos del mismo tipo.

La referencia que habíamos efectuado al derecho positivo del país peninsular queda

evidenciada, una vez más, por el fundamento que MOLLE acuerda a su posición doctrinaria: la garantía es elemento “causal” y, por ende, necesario, del contrato, por cuanto determina el mismo contenido de la prestación.

Por tanto, entre negocio de crédito y negocio de garantía se establece una relación orgánica que implica, a la vez, un sentido de proporcionalidad constante entre el valor de las mercaderías o de los títulos prendados y el monto de la suma anticipada, que debe permanecer como tal durante todo el contrato

101. Caracteres

1º) Es un contrato real, por una parte, haciéndose entrega de la suma pactada al anticipado o beneficiario; mientras que, por la otra, éste hace entrega al banco de las cosas a preñar.

2º) Es un contrato de crédito con garantía real;

3º) Es un contrato de duración;

4º) Es un contrato de administración extraordinaria. En este punto, WILLIAMS sigue la opinión de MOLLE (como asimismo lo hacemos nosotros, por las características de este contrato), pero correspondería una digresión: el autor italiano, además del sólido fundamento que le acuerda el derecho positivo de su país, agrega “que la distinción entre actos de ordinaria y de extraordinaria administración elaborada por la doctrina, no se presta a ser transportada textualmente al ámbito normal de la empresa...” Luego, con mención de otros artículos del Código Civil italiano, termina: “Para establecer si la anticipación bancaria, en el ámbito de gestión de una empresa, es un acto de administración ordinaria o extraordinaria, deberá indagarse si es o no pertinente al ejercicio de la empresa”.

WILLIAMS, al formular la versión al español del pensamiento de MOLLE pareciera asimilar sociedad con empresa; concepto, este último, polivalente y no receptado en nuestro derecho. En síntesis, estimamos que las observaciones formuladas por MOLLE quedan limitadas exclusivamente al derecho positivo de su país, no pudiendo hacerse extensivas a nuestro derecho.

102. Capacidad de las partes

En cuanto al banco, en principio no hay dificultad alguna por cuanto la operatoria que se estudia forma parte del que hacer específico de esa actividad.

Con respecto al cliente a) si no es comerciante rigen las disposiciones del Código Civil (arts. 126, 128, 131,134, 135,1160 y 1166); b) si es comerciante, entran a jugar los artículos 10, 11 y 107.

Respecto de los fallidos no pueden contraer créditos durante el término de su desapoderamiento. Si el caso fuera de una convocatoria de acreedores, en los términos del artículo 17 de la ley 19.551, sólo se podrá realizar la operación mediando la correspondiente autorización judicial.

Si se trata de sociedades civiles y comerciales dice WILLIAMS que podrán celebrar dicho contrato si existe una previsión al respecto en el contrato social, ya que no puede ser comprendida tal facultad en el poder de administración conferido a los administradores de sociedades civiles y comerciales, gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, socio administrador de la sociedad en comandita por acciones, director de una sociedad anónima o consejero de administración de una sociedad cooperativa.

La importancia de la operación, que puede comprometer el patrimonio social, configura el fundamento de tal prohibición; superándose la dificultad mediante una cláusula contractual o estatutaria pertinente.

103. Constitución y prueba

No se exige una forma determinada, rigiendo los artículos 1191 y 1193 del Código Civil. El anticipo es meramente probatorio; pero si al constituirse la prenda se supera el monto indicado por el mencionado artículo 1193, el acto escrito es exigido definitivamente. El contrato y la prenda se instrumentan en la póliza de anticipo, entregándose un ejemplar de la misma al beneficiario, mientras que el otro ejemplar queda en poder del banco.

104. Objeto de la garantía

La influencia del derecho positivo italiano -tal como lo señaláramos- se hace notoria al restringir la garantía en estas operaciones a los títulos de crédito, mercaderías y títulos representativos de éstas (art. 1846, Cód. Civ. italiano). Tal limitación es considerada como correcta por la doctrina nacional, punto de vista que podría ser aceptable en la medida en que no existe regulación expresa en nuestro derecho, pero que, asimismo, como toda injerencia de derecho comparado, debe ponderarse con cierto criterio relativista.

La función -agrega MOLLE- que en el negocio mencionado realiza la garantía hace que ésta no pueda ser constituida sino mediante bienes que tuvieren un valor de bolsa o de mercado, con la doble finalidad de mantener esa proporcionalidad (definitoria del contrato) y, al mismo tiempo, facilitar la venta coactiva de los bienes, por el banco, en caso de incumplimiento del anticipado. La facilidad y rapidez de la conversión en dinero de los propios bienes es, como se ha dicho, el presupuesto de la concesión de crédito hecha por el banco (MESSINEO).

105. Bienes susceptibles de prenda

Con referencia a los títulos de crédito, pueden ser objeto de la operación solamente aquellos que resulten idóneos para cumplir la función de garantía que, como se ha dicho, es definitoria del contrato.

Por tanto, pueden ser dados en prenda los títulos en serie o en masa como ser, títulos públicos emitidos por el Estado, las provincias o las municipalidades; acciones y debentures emitidos por las sociedades anónimas, para ubicarnos mejor dentro de lo que puede ser considerada la práctica de los bancos, en estas cuestiones.

WILLIAMS se refiere en forma expresa a que estos títulos pueden ser cotizados -o no- en bolsa, sin proporcionar mayores explicaciones sobre su punto de vista. Nos parece que atento a los caracteres de la operatoria antes expuestos, la cotización bursátil de esos títulos habría de devenir una condición fundamental para la anticipación bancaria ya que, como es sabido, el mercado de los títulos o acciones no cotizados es, casi, una nebulosa.

También la prenda puede recaer sobre títulos individuales, a la orden o al portador.

Quid con respecto a los cheques

El autor nacional antes mencionado, siguiendo nuevamente a MOLLE, los menciona en una primera cita para luego rectificarse (criterio que compartimos) por tratarse de instrumentos de pago (en primera instancia), a la vista. Esta circunstancia estaría corroborada por el texto de nuestro decreto-ley sobre cheque que no prevé el endoso en garantía o en prenda.

Un caso bastante frecuente en la materia está constituido por la prenda de letras de cambio, particularmente en aquella modalidad en la cual el cliente efectúa retiros parciales o totales de la cantidad prometida. Otra situación posible es la de la póliza de seguro de vida cuando se designa como beneficiario al acreedor, haciéndolo constar en la respectiva anotación en póliza. El valor de la garantía está dado por la cantidad adeudada por la aseguradora al vencimiento de la póliza o por muerte del asegurado, estando vigente el contrato o, también, por el valor de rescate de la póliza. Sin embargo, doctrinariamente, la mayoría considera a estos documentos como de legitimación y, por tanto, no como títulos de crédito; por lo que la anticipación bancaria quedaría excluida en este supuesto.

Con referencia a las mercaderías, las consideraciones que se formulan para concretar esta operación son, manifiestamente, de naturaleza práctica: se dará anticipo sobre aquello que se encuentre normalmente en el mercado, cuya realización sea más o menos fácil; quedando excluidas las mercaderías de dificultosa conservación o, bien, cuando la contratación no fuere en serie o en masa, como es el caso de las joyas, objetos de arte, etcétera.

El banco se cubre, además, mediante la libranza por el beneficiario de un pagaré comprendiendo el monto del crédito y los accesorios. Inclusive, en esta relación jurídica de confianza, el anticipo suele exigir que el beneficiario suscriba un pagaré en blanco, a fin de afrontar lo que podría constituirse en situaciones imprevistas de la plaza.

Otro caso mencionado es el de la prenda sobre monedas de oro o de plata, tanto nacionales como extranjeras. “Se trata -dice WILLIAMS de un caso típico de prenda sobre moneda metálica que consiste en la entrega en prenda de dinero para recibir igualmente dinero, pero éste representado por el papel moneda, operación que puede realizarse en períodos de inflación”.

Pasando ahora a los títulos representativos de mercaderías, la doctrina sostiene que son títulos de créditos emitidos por los transportistas o por los almacenes generales respecto a mercaderías que les hayan sido confiadas para su transporte o custodia, que atribuyen al poseedor, además del derecho a la entrega de la mercadería, la posesión de la misma y el derecho a disponer de ella mediante la transferencia del título.

Como tales se mencionaba a los conocimientos de embarque(arts. 295 y 298, ley 20.094>; las cartas de porte por ferrocarril (arts.165 y 167, Cód. Com.); los certificados y warrants aduaneros (ley 928); los certificados de almacenes generales (ley .9643); las cartas de porte aéreas (arts. 199 y sigs., ley 17.285)

Según la opinión del autor citado la eficacia representativa depende de tres elementos: 1º) que el documento sea emitido por el deudor, detentador de las mercaderías (transportista o depositario); 2º) que la posesión calificada del documento constituya medio necesario y suficiente para la entrega de las mercaderías; 3º) que el documento consigne mercaderías determinadas o individualizadas.

Sobre la base de estos precedentes hay casos en los cuales se considera que carece de eficacia representativa la orden de entrega impropia significando la entrega de una cuota-parte de las mercaderías y también el duplicado de la carta de porte. Por el contrario, tienen eficacia representativa la orden de entrega propia, emitida por el tenedor de las mercaderías; la orden de embarque emitida por el transportista al expedidor para autorizar el embarque de mercaderías; el recibo de embarque emitido por el capitán del barco y que

autoriza al cargador a lograr la entrega del conocimiento y el recibo de depósito que los almacenes generales entregan en lugar del certificado de depósito.

Ahora bien: la práctica hace que los bancos en determinadas oportunidades tomen como garantía títulos que no constituyen, en realidad, títulos de crédito, como por ejemplo son las órdenes de entrega impropias, los duplicados de carta de porte, etcétera. Esta circunstancia hace que no se produzca la adquisición de derechos sobre los bienes o cosas que se enumeran en los mismos; por lo que se hace correr a la entidad bancaria con los riesgos y peligros por la desaparición de la mercadería.

106. Instrumentación y contenido del contrato

A los efectos del contrato y de su prueba se utiliza un documento llamado “póliza” que se extiende por duplicado y en el cual, además, de las condiciones generales registradas en forma expresa, se determinan los elementos de hecho de la operación: beneficiario, fecha de vencimiento, descripción y valor de las cosas dadas en prenda.

La efectivización del contrato habrá de depender, en primer lugar, de las relaciones entre anticipante y beneficiario, así como de la situación de la plaza bancaria, de las cosas que se dan en prenda, etcétera.

En algunas operaciones se inserta la cláusula por la cual el banco se reserva la facultad de no restituir los títulos prendados, sino la de devolver títulos de la misma especie.

El plazo de la operación se fija, por lo general, en tres a seis meses. La misma puede ser prorrogada, expresa o tácitamente, una o más veces; resultando más conveniente, a los fines prácticos, utilizar el anticipo en cuenta corriente lo que permite al cliente realizar pagos y extracciones conforme a su necesidad.

107. Valor de los bienes prendados

Si se trata de mercaderías el valor será determinado por medio de peritos designados por el banco. Si la prenda consiste en documentos representativos de mercaderías se estará a la especie y cantidad indicada en los mismos. WILLIAMS agrega que, si la cuestión reside en títulos de crédito habrá que ponderar su valor nominal o de mercado; alterativa que no nos parece muy equilibrada teniendo en cuenta la posibilidad de desajustes entre ambos valores. Nos inclinamos razonablemente por el valor de mercado, instrumento más idóneo para una cotización realista.

En cuanto a la mención que formula este autor, siguiendo a MOLLE con referencia al conocido scarto de los italianos, que fija en 10% lo referente a la garantía con que debe contar el banco, correspondería insistir que se trata de una regulación de derecho positivo italiano, por lo que su adecuación a otros derechos se considera meramente circunstancial.

108. Sustitución de los bienes prendados

Siempre con el consentimiento del banco el beneficiario de la anticipación puede sustituir las cosas prendadas por otras de iguales características. MOLLE nos dice que con la subrogación real del derecho de garantía, la relación prendaria se mantiene idéntica, por

cuanto el derecho de terceros no se ve afectado.

La cuestión, analizada en derecho italiano respecto de una norma análoga a la del artículo 122 de nuestra Ley Concursal, puede existir cuando la prenda es ampliada en favor del banco mediante la entrega de títulos de crédito o de títulos representativos de mercaderías o, quizá, de mercaderías propiamente dichas.

El autor mencionado se inclina por una interpretación negativa, en cuanto a aplicar dicho artículo en su normativa específica dado que, en la anticipación bancaria hay una manifiesta conexidad, como se ha dicho, entre el contrato y su garantía, de tal modo que los efectos de esa garantía deberían ser retrotraídos a la fecha de constitución de la prenda y no caer, así, dentro de la sanción que marca la citada norma concursal.

Dentro de los límites prudentes en los que hemos enmarcado a la anticipación bancaria no prevista en el derecho argentino, una interpretación por la vía no extensiva pareciera razonable en nuestro derecho, de presentarse el caso.

109. Contenido de la prenda

Es comprensiva de los intereses que se cobran por adelantado y de toda clase de gastos e impuestos. Si la prenda es de títulos de crédito (acciones), comprende los intereses, dividendos y prestaciones periódicos; pero no las primas u otras utilidades que pueden considerarse como aleatorias. Si es de títulos públicos el banco puede cobrar la renta de los mismos, que venzan durante la vigencia del contrato y, también, reinvertir la suma cobrada con el fin de adquirir otros de igual duración.

110. Obligaciones del banco

1º) El sentido último del contrato queda situado en su obligación de pago de la cantidad convenida, ya sea de una sola vez en el caso de anticipación simple o de una vez o más veces, en el supuesto, de anticipo en cuenta corriente. 2º) El banco no puede disponer de las cosas o títulos prendados que hubieran sido individualizados al tiempo de constituirse la prenda. 3º) El banco está obligado a la custodia de las cosas o títulos dados en prenda quedando responsable por la pérdida o deterioro de ellos. 4º) En el caso de prenda sobre títulos de crédito, el banco puede cobrar los dividendos o intereses u otras prestaciones periódicas que sean devengados; imputando primero dichos importes al cobro de gastos e intereses y, luego, al capital. 5º) En el caso de prenda de acciones el derecho de voto en todas las asambleas corresponde al beneficiario por lo cual el banco deberá hacer todo lo necesario para que ese derecho pueda concretarse. También corresponde a aquél el derecho de opción en cuyo caso el beneficiario del anticipo deberá proveer los fondos necesarios para tal acto. 6º) Si se tratare de la entrega de acciones no liberadas, respecto de las cuales correspondiere hacer ulteriores pagos, el beneficiario del anticipo deberá entregar los fondos tres días antes del plazo fijado para el pago. Vencido éste, el banco puede disponer la venta de las acciones. 7º) Si la cuestión gira en derredor de mercaderías que deben ser depositadas en lugar apto para su conservación, la custodia puede ser asumida directamente por el banco, en sus propios almacenes o en almacenes del deudor alquilados por aquél o, bien, dando la custodia a un tercero elegido por las partes o, por último, realizándose una custodia conjunta con el deudor.

En el primer caso, el banco no responde de las pérdidas o averías por las causas que no le fueren imputables o por la naturaleza o vicios de la mercadería o embalaje. Tampoco responde por los hechos del cliente o de terceros extraños.

En el segundo caso, cuando las mercaderías han sido entregadas a la custodia de un tercero designado por las partes, el banco no responde por los hechos dolosos o culposos de aquél. Independientemente de ellos, se acuerda al banco el derecho de proceder a la sustitución del depositario, cuando se lo considere necesario.

En el tercer caso -custodia en forma conjunta con el deudor- cada parte responde del hecho propio o de sus dependientes; así como en el supuesto de oposición injustificada a las operaciones o actos necesarios para la conservación o para hacer posible dicha conservación.

Para todos los casos rige el criterio del seguro que se contrata por cuenta y orden del beneficiario, cubriéndose todos los riesgos a los cuales pueden estar expuestas las mercaderías.

111. Derechos del banco

Como se ha expresado reiteradamente, el meollo de este contrato reside en la proporción entre la cantidad anticipada y el valor de las cosas dadas en prenda.

Es por ello que habiéndose establecido (para el caso italiano)

-por ley o por costumbre- una constante del 10% de ese valor, cuando por cualquier causa se redujera, el banco tiene derecho a exigir al deudor o anticipado cubrir esa diferencia mediante un suplemento de la garantía, ya sea mediante títulos o mercaderías. En caso de no hacerlo, procederá a la venta de las cosas recibidas en prenda.

112. Obligaciones del anticipado

1º) Entregar los títulos, las mercaderías o los documentos representativos dados en prenda; 2º) Si se produce la disminución en la proporcionalidad de la garantía, integrarla a requerimiento del banco; 3º) Cuando el contrato venza, restituir las sumas recibidas, los intereses, las comisiones, los gastos originados en el contrato o en la prenda; 4º) Respecto de los intereses, el beneficiario debe liquidar los intereses compensatorios en la forma y plazo convenidos. En el caso de anticipo simple, los intereses son descontados por anticipado. En el supuesto de anticipo en cuenta corriente, los intereses son liquidados en forma periódica, a una fecha determinada.

Conforme a la opinión de FIORENTINO -seguida por WILLIAMS- por lo general el banco establece un mínimo de importe respecto de las liquidaciones de intereses trimestrales o semestrales que se practican, por debajo del cual agrega una comisión que deberá pagar el anticipado.

113. Derechos del anticipado

1º) El anticipado puede retirar antes del vencimiento del contrato, de manera parcial, los títulos o las mercaderías dadas en prenda, con la condición de mantener la proporcionalidad legal o convencionalmente establecida. De lo contrario, deberá hacer el retiro pero por una cantidad menor; aclarándose que la ejecución de los títulos o de las cosas debe de hacerse conjuntamente con el banco.

2º) Puede asimismo extinguir totalmente su deuda antes del vencimiento del contrato, con la consiguiente restitución por el banco de los títulos o mercadería preñadas. Esta facultad se hace posible siempre que estuviera prevista en favor del deudor; pero por lo general corresponde agregar que se suele reconocer una comisión extra a favor del banco, por la menor duración del anticipo.

114. Resolución del contrato

Son varias las causas: 1º) Por vencimiento del término contractual; 2º) Por resolución unilateral reconocida al anticipado, no al banco; 3º) Por quiebra del anticipado o por liquidación del banco; 4º) Por muerte, interdicción o inhabilitación del anticipado; 5º) En cuanto a la vinculación entre la relación de garantía y la crediticia, otras causas de resolución son: por desaparición de la garantía; por renuncia del banco a la misma; por destrucción de las cosas recibidas en prenda; porque el banco hubiera perdido la posesión de las cosas, por reivindicación de su propietario; por embargo o ejecución forzada que prive al banco de la posesión de la prenda; 6º) Por incumplimiento del anticipado, no pagando los intereses o los gastos o asegurando las mercaderías cuando correspondiere. También, cuando no cumple con la integración de la garantía, como consecuencia de una disminución de la proporción.

CAPÍTULO IX DESCUENTO BANCARIO

115. Generalidades

Nos dicen RIVES LANGE et al que según la práctica bancaria usual el portador de un efecto de comercio lo endosa en propiedad a su banco, el que de inmediato le entrega el importe nominal, bajo reserva de su encaje al vencimiento. El banco hace una retención de dicha suma, en concepto de intereses, comisiones y gastos y, luego, puede disponer del papel ya sea endosándolo o, bien, haciendo su encaje. El vocablo “descuento” designa tanto la operación jurídica como la suma deducida por el banco.

116. Definiciones proporcionadas por el derecho positivo

En este aspecto del tema, la muy completa obra de GARCÍA-PITA y LASTRES hace referencia a determinados ordenamientos que han contemplado en forma expresa el contrato de descuento. Como ejemplos, cita los casos de Italia (arts. 1858 a 1860 del Cód. Civ. de ese país) y de la República Federal Alemana (artículo 1.I.3 del Gesetz über das

Kreditwesen, de 1961/1984). Además, cita como antecedente la definición de descuento en el Título V del Anteproyecto sobre contratos bancarios elaborado por la Comisión de Reforma del Code de Commerce.

Habría una suerte de definición “calificativa”, como “la que discurre en el derecho alemán al referirse al descuento como la compra de letras y cheques” y otra “descriptiva” (derechos italiano y francés) en la que, sin prejuzgar el carácter del contrato, “se limita a ofrecer una enumeración minuciosa y prolija de las notas y elementos más característicos de su estructura y contenido”.

El citado autor formula, a manera de crítica a la definición del tipo mencionado en primer término que no se llega “a tener presente la riqueza íntima de la operación... no se hace referencia al esencial elemento de la detracción del 'descuento', que da su nombre a la operación en conjunto”. También se discute la posibilidad de aplicar el descuento en el caso del cheque (postura del autor a quien estamos citando); olvidando al mismo tiempo la posibilidad de aplicar el descuento a otros créditos incorporados a títulos-valores no cambiarios o el supuesto de los créditos comunes.

El mencionado texto francés define al descuento como el convenio por el que el banquero se obliga a pagar por anticipado al tenedor el importe de los efectos de comercio o de otros títulos negociables a vencimiento determinado que el tenedor le transmite, a cambio de reembolsar su importe en defecto de pago por el principal obligado. La operación implica, en beneficio del banquero, la retención de un interés y -eventualmente- la percepción de una comisión de endoso o de otra clase. Un convenio especial puede prever el descuento a tanto alzado (la versión española es del autor).

Desbrozando esos conceptos, se apunta: (1) que se trata de un contrato consensual y bilateral; (2) que la transmisión de los efectos o títulos negociables al vencimiento determinado, si se tratare de créditos condicionales, quedarían excluidos; (3) que como importante elemento se hace referencia a la obligación subsidiaria de restitución; (4) que se producen dudas en cuanto al descuento a for fait

En cuanto a la definición que nos allega al mencionado artículo del Código Civil italiano, la versión al español de ese texto nos dice que “es el contrato con el cual el banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito frente a tercero, aún no vencido, mediante la cesión salvo buen fin del crédito mismo”.

Comentando esa norma, GARCÍA-PITA y LASTRES se pronuncia favorablemente “dado que este precepto contiene los elementos esenciales y más relevantes del contrato objeto de nuestro estudio”... “una de las notas esenciales del descuento se encuentra en la seguridad, representada por la garantía que supone para el banco tener a su disposición dos patrimonios ejecutables: el de su cliente y el del tercero deudor.

Si bien, luego, se critica cierta angostura del término cesión prefiriéndose alguna otra de aplicación genérica a todas las variedades posibles de crédito susceptibles de constituirse en el objeto del contrato, se califica como esencial la cláusula salvo buen fin.

117. El descuento como operación activa de los bancos

El descuento configura una de las principales operaciones bancarias. Comprende no solamente los títulos de crédito -y, entre ellos, los cambiarios-, sino que abarca los títulos de crédito en general, así también como el descuento de crédito sobre libros de comercio y facturas.

Se ha utilizado en la materia la expresión “títulos de crédito documentales” para significar aquellos que sólo pueden ser -y son, en verdad- materia de descuento, atribuyendo al legítimo portador un auténtico y propio derecho de crédito.

Dentro de este concepto restrictivo pueden ser objeto de descuento: a) las letras de cambio; b) los cheques; c) los bonos del Tesoro; d) la prenda con registro; e) las letras de cambio documentadas; 1) el crédito abierto en libros de comercio. Analizando la cuestión desde el punto de vista económico, el concepto amplio del instituto nos permite visualizar el grado de utilidad -si cabe la expresión- que obtiene el cliente al lograr la suma anticipada de dinero mediante el costo, precisamente, del descuento; mientras que por su parte el banco consigue la colocación de capitales a corto plazo, realizando esa diferencia concretada en la utilidad por intereses y gastos.

El objetivo práctico consiste en la realización inmediata de un derecho de crédito pecuniario el cual, sin el descuento, podría solamente conseguirse al llegar a su vencimiento.

118. Naturaleza jurídica

Dentro de esta temática se ha destacado la doctrina italiana, que trataremos en forma sucinta. Correspondería agregar que, como ocurre a menudo, buena parte de los argumentos que la doctrina esgrime responden a un determinado derecho positivo -él del país al que pertenece- por lo que las afirmaciones deben ser ponderadas cautelosamente.

MINERVINI sostiene la tesis que dice que en el descuento hay que ver una compraventa de crédito; el contrato realizaría un subtipo especial de compraventa, identificado por características específicas entre las cuales cabría mencionar la calidad de “banquero” (o banco), del comprador; ser objeto de transferencia de un crédito pecuniario aún no vencido o de un título no vencido; la determinación del precio mediante deducción del importe del crédito descontado, de una suma que resulta por aplicación de la tasa de descuento.

No son pocas las objeciones que se hacen a esta tesis. Comenzando por la formulada por MOLLE, la suma entregada al descontatario no tiene el carácter de precio entendido como tal, es decir correspondiente a aquello que se adquiere. También, en fecha más reciente, la crítica de FERRO LUZZI, quien refiriéndose al artículo 1267 del Código Civil italiano en tomo del cual se construye la tesis criticada, dice que la garantía de solvencia del deudor cedido es eventual y no, como en la hipótesis del descuento, necesaria y coexistencial.

Por lo demás, se sostiene que el banco, con garantía de parte del cesionario en cuanto a solvencia, adquiere el crédito, resulta en definitiva un argumento poco persuasivo porque en el descuento el banco no tiene deber alguno de ejecutar al deudor cedido. Por el contrario, en el caso en que el deudor no pague, el banco puede hacer una retransferencia del crédito al cliente y ejecutar directamente a éste; lo que por cierto no está muy vinculado a la función de garantía.

Una ulterior duda emerge de la circunstancia de que en el citado artículo 1267 la garantía está limitada a aquello que hubiera recibido, mientras que en el descuento está claro que el banco tiene derecho a hacerse, no de la suma descontada, sino de aquella otra a descontarse. Circunscribiendo la cuestión a ese derecho positivo (siempre desde el punto de vista doctrinario), se debería concluir que el legislador de ese país, al sancionar la disciplina de ese contrato, se habría alejado de la práctica bancaria.

Pero si se razonara de esta manera se estaría contradiciendo otro artículo del mismo cuerpo

legal (artículo 1889) según el cual con referencia al descuento de la letra de cambio el texto establece que el banco tiene derecho a la suma de dinero anticipada. Esta no es la suma descontada, sino aquella otra a descontarse, por cuanto la diferencia entre ambas deriva de la circunstancia de que el banco cobra anticipadamente los intereses.

Otra tesis configura al descuento como un contrato de préstamo. La Casación italiana, en una sentencia del 30 de mayo de 1978 define al descuento como el contrato real por el cual el banco anticipa al cliente el importe de un crédito contra un tercero aún no vencido, que le es cedido pro solvendo y que se aprecia, en sustancia, como un préstamo del banco.

Una nueva variante ve en el descuento un contrato análogo al mutuo (o, quizás, una subespecie de éste), que tiene como aspecto común la finalidad de procurar el goce de un capital, teniendo como correspondencia el pago de los intereses. A modo de connotación que califica al contrato encontramos al vínculo funcional existente de manera íntima entre el préstamo y la cesión de crédito, hecho no pro soluto sino pro solvendo, no importando la liberación inmediata del descontatario, por cuanto el efecto liberatorio consiste en el rescate del crédito por parte del banco descontante.

La diferencia reside en que el descuento bancario se presenta como una forma de préstamo de segundo grado, es decir, un préstamo calificado por el intento de anticipar al prestatario el importe de un crédito pecuniario que realiza inmediatamente el crédito sin tener que esperar a su vencimiento; cediéndolo al banco, el que anticipa el importe.

La cesión de crédito importa la transferencia de la propiedad del crédito, del descontatario al banco. Esta cesión ha significado no pocos problemas a los intérpretes, en orden a la calificación de la naturaleza jurídica del contrato.

Algunos consideran que la cesión de crédito tiene una función de garantía. Contra esta tesis se señala que solamente si el deudor cedido no paga, el banco puede volverse contra el deudor cedente; en cuyo caso se tendría la paradoja de un garante que paga. En la normalidad de los casos, en una operación de crédito el que paga es el deudor, no el garante y sólo el pago del deudor -no el del garante- cierra el círculo de la operación. En la tesis bajo examen tendríamos una situación inversa, lo que es posible desde un perfil económico pero se encontraría excluido desde un perfil jurídico, por cuanto no se trata de una garantía en sentido técnico.

El banco que deviene titular del crédito cedido tiene el derecho de utilizar el producido del recupero del crédito a efectos de satisfacer su propio crédito, en pago del cual se ha producido la cesión. En cada caso, la obligación de restitución del descontatario no puede extinguirse si no fuere satisfecho el crédito cedido por cuanto el descontatario no puede pretender su liberación respecto del banco, por el anticipo recibido, teniendo en cuenta que da una cosa diversa de aquella cedida: un crédito, respecto de un tercero. La liberación del descontatario está condicionada suspensivamente al buen fin de la cesión (MOLLE).

Un ulterior problema interpretativo se origina respecto de la tesis que aprecia en el descuento bancario un mutuo: es decir, si este contrato tiene naturaleza real o consensual, dado que si es un mutuo es un contrato real y si es venta de un crédito, es contrato consensual.

La naturaleza real del contrato de descuento encontraría confirmación en la terminología utilizada por el Código Civil italiano (no se olvide lo ya dicho con referencia al impacto que, sobre la doctrina, tiene ese derecho positivo), que es típica de todos los contratos reales. Sin embargo, es dable advertir que el carácter real es una exigencia de tipo arcaico que hoy se presenta inadecuada con la dinámica de las relaciones bancarias, en las cuales se opera con lo que podría llamarse moneda escritural, de características muy singulares frente

a la realidad.

Los sostenedores de la tesis opuesta señalan que se trata de un contrato consensual del cual deriva, como efecto real, la inmediata transferencia del crédito del cliente, al banco, el que por su lado estará obligado también en forma inmediata a disponer de la suma que anticipa.

119. Tesis de FERRO LUZZI

Adopta como punto de partida una visión histórico-política de la operatoria del descuento, respecto de otras de la práctica bancaria, como por ejemplo, el mutuo.

En el descuento el cliente tiene que convertir el bien futuro en un bien presente; lo que adquiere es moneda actual, dando moneda futura que ya tiene, por cuanto es titular de un crédito.

El autor estima que el descuento bancario es un contrato de liquidez. En el descuento, el banco entrega moneda actual –liquidez de la cual es depositario natural- y recibe moneda futura obteniendo su propia ganancia al recibir, sucesivamente, una cantidad superior de moneda actual, restableciendo de esta manera su liquidez. El descuento constituye una doble transmisión, con carácter definitivo, de la suma o cantidad del banco al cliente y del crédito del cliente, al banco.

En el supuesto de que el deudor cedido no pague, la práctica ha implementado que la cesión del crédito se haga “salvo buen fin”; interpretando la voluntad del banco de revocar el crédito si ello -la falta de pago-, ocurriera.

Nos encontramos en presencia de una operación compleja que se inserta en un fenómeno de existencia de un crédito preexistente como consecuencia del cual sale el cliente de la operación de crédito, adquiriendo liquidez y entra en ella el banco, comprometiendo su liquidez.

WILLIAMS parece adherir a esta tesis por considerarla acorde con sus puntos de vista expresados anteriormente respecto de los títulos de crédito y su inserción en el plexo histórico-normativo de Occidente. Pero además de que la doctrina peninsular itálica no le acordara a esta doctrina mayor relevancia, objetivamente se trataría, más de una explicación ingeniosa del fenómeno “descuento”, que otra cosa.

La liquidez es consustancial con la operatoria bancaria inserta como uno de los fundamentos del buen funcionamiento de esta actividad (Título X de la ley 21.526). No sería concebible un banco “ilíquido” por cuanto ello revelaría una falta de idoneidad por parte del banquero, como “buen profesional” que debe ser, acorde con la doctrina y práctica universales.

Pero además, la liquidez no es privativa del descuento sino que debe manifestarse en toda la operatoria de los bancos. Es cierto que en el descuento se va a la búsqueda de liquidez; pero no lo es menos que en cualquier operación, por mínima que sea, el banco siempre actúa tratando de preservar una posición líquida, incluso recurriendo al redescuento, a la liquidación de sus activos o a la realización de bienes que hubiera tomado en defensa de su crédito, etcétera. Entonces... la liquidez “no-puede-no-ser” y no sólo caracteriza al descuento sino que integra de manera esencial –reiteramos- toda la operatoria bancaria.

120. Tesis de MESSINEO

Este autor ve en el descuento un contrato de prestaciones recíprocas en virtud del cual una de las partes (descontante) se obliga respecto de la contraparte (descontatario) a pagar el importe de un crédito pecuniario que esa contraparte tiene respecto de un tercero, antes que el crédito haya vencido, a cambio de la cesión pro solvendo del propio crédito; que con la liberación del descontatario hacia el descontante, queda subordinado “al buen fin” del crédito cedido.

No son pocas las críticas que se hacen a esta tesis. Por una parte, se pone de relieve que si el elemento de concesión de un préstamo es considerado extraño a la noción de causa del contrato de descuento, quedaría sin explicación no sólo el cumplimiento voluntario a cargo del descontante, respecto del débito de un tercero, sino también la propia función económico-social del negocio jurídico (TONDO)

El banco no cumple voluntariamente el débito del tercero en relación al cliente, al recibir el crédito de éste, sino que el cliente da la garantía del bonun nomen del crédito propiamente dicho. El banco cede una suma de dinero porque quiere una prestación correspondiente que consiste en un crédito y en un interés (la tasa de descuento). El bonun nomen del crédito se pone como condición resolutoria de la eficacia de la cesión para el caso de falta de pago por el descontatario, quien debe restituir la suma recibida como anticipo. El “salvo buen fin” no ingresa en la causa típica del contrato, que es siempre un cambio; pero se realiza en un momento sucesivo y eventual.

121. Tesis de VASSEUR

Esta tesis fue desarrollada por el jurista francés en la revista *Banque*, utilizándose como pivote un fallo de la Corte de París del 24 de febrero de 1982 en el caso “Banque X c/Gabelli S.A.R.L. Copy System”, planteándose el problema de la naturaleza jurídica del descuento y los recursos que tiene el banco en caso de falta de pago de los títulos de crédito entregados, cuando se ha dejado prescribir la acción cambiaria contra el descontatario.

El diferendo se suscitó por la falta de pago de una letra de cambio por el girado-aceptante; el banco, entonces, demandó a la sociedad descontataria y a la parte que había dado el papel en caución. Esta última se excepcionó sosteniendo que la acción estaba prescripta (acorde con el derecho francés). Finalmente, el decisorio del tribunal fue por el rechazo de la demanda.

La Corte de París, por apelación, revocó el fallo por considerar -en síntesis- que el banco tenía derecho de accionar contra la parte que había caucionado la letra de cambio; se reclamaba, entonces, el crédito por descuento y, por ende, su reembolso. Sin entrar en digresiones doctrinarias, la Corte opta por un criterio pragmático, entendiendo aplicar una jurisprudencia constante (de su país) en el sentido del decisorio.

VASSEUR considera que esa apreciación no estaría coincidiendo con la realidad jurisprudencial francesa; habiendo existido varios pronunciamientos en contra de los bancos. Luego agrega -distanciándose de la opinión de otro connacional (RIVES LANGE) que el error de razonamiento ha residido en considerar al descuento como una operación disociada mediante la constitución de dos elementos: una compra, “más” un crédito resultante de la anticipación del pago. Al contrario -dice-, el descuento es una operación unitaria que presenta dos fases: una, jurídica, representada por la compra de un crédito a plazo, con pago anticipado e inmediato del importe; la segunda, económica, configurada

por el crédito resultante de la anticipación de pago.

Para este autor, el descuento es -desde el ángulo jurídico- una cesión de crédito en favor del banco, representado y vehiculizado por el título-valor entregado en propiedad a aquél, el que, como cesionario, paga el importe inmediatamente y por anticipado.

Correspondería aclarar que en fecha más reciente otros autores del mismo país, RÍVES LANGE et al, en la obra citada con anterioridad, parecieran haber adoptado una tesis amplia: “No hay que asimilar al contrato de descuento –dice- a un tipo contractual ya conocido: su originalidad es muy acentuada. El descuento se sitúa a medio canino del préstamo y de la compra; bastando la descripción de su contenido”.

En la base de la operación nos encontramos con una estructura jurídica análoga a la de la compra de un título al contado: un intercambio de dos valores en propiedad. El banquero adquiere un título que le confiere derechos contra un tercero. Pero a diferencia de un comprador, no quiere realizar una operación especulativa en el sentido jurídico del término. Al descontar el efecto de comercio, el banquero realiza una operación de crédito, efectivizando contra el pago del efecto 'por anticipado', en forma inmediata, contra su entrega en propiedad. Por lo demás, es claro que no quiere correr los riesgos de una operación de compra: el pago del título está garantizado por el tercero deudor del efecto y, también, por la parte que lo entrega. El banquero no lo acredita más que bajo 'reserva de encaje'... A esta garantía de derecho común, originada en la cláusula 'salvo encaje', se superpone la garantía cambiaria, nacida del endoso.

Retomando al análisis de VASSEUR, éste señala que la parte que es beneficiaria de la cláusula “salvo encaje” (accipiens), por lo común un banco, tiene el poder que le reconoce la contraparte contractual de hacer efectiva la restitutio in pristinum de su posición -en el supuesto de falta de pago del título- y, por tanto, de volverse a colocar en aquella situación patrimonial en la cual se hubiera hallado, de no formalizarse el contrato.

La explicación de la finalidad atribuida a la cláusula no es sólo proporcionada doctrinariamente, sino partiendo de consideraciones empíricas. No habría nada de extraño en que el legislador, en el descuento, hubiera atribuido a una parte (banco descontante) la facultad de resolver retroactivamente la relación contractual. Es que en ciertas figuras contractuales -entre las que se halla el descuento- y debido a las características del bien objeto del contrato traslativo, la paridad de las partes es tutelada en favor de uno de los contratantes “aún más allá del sinalagma funcional estrictamente considerado”, cuando la respectiva paridad se hubiera quebrado por un resultado engañoso.

122. El pensamiento de GARCÍA-PITA y LASTRES

Pasaremos ahora a esbozar el pensamiento de este autor, desarrollado con gran minuciosidad en la obra a la que hicieramos referencia.

“Dentro del contenido del contrato de descuento”, en las obligaciones del descontatario el jurista español analiza el fundamento de la obligación de restitución. El cliente se encuentra obligado a restituir una suma de dinero que le fuera entregada credendi causa y para cuyo pago transmitió, salvo buen fin, el crédito descontado.

No hay en la doctrina un pacífico asentimiento sobre la cuestión. Están, por caso, quienes sustentan la opinión de que el descuento se agota en un simple endoso o en una mera cesión de crédito, sin otra relación contractual subyacente.

Esta teoría fue defendida por la doctrina y jurisprudencia de fines del siglo pasado y

principios del presente: habría una suerte de desconocimiento del negocio causal subyacente, tanto en el endoso como en la cesión.

GARCIA-PITA y LASTRES rebate tal opinión: "... el descuento no puede quedar reducido a un simple endoso, ni a una mera cesión de créditos comunes... citando a SCHERMI se menciona que en materia de descuento y compraventa de letras (se trata) de actos 'causalmente neutros', actos que presuponen otro negocio causal subyacente, de finalidad traslativa o meramente legitimadora, que les imbuye sus propios caracteres".

Diversas consideraciones estarían dando sustento a la tesis que se critica, comenzando por el derecho positivo de algunos países como Alemania (Federal) y Austria, modelados sobre la concepción de la compraventa al descuento de letras de cambio y cheques. También en Francia se tiene la convicción -doctrinaria y jurisprudencial- de que el descuento tiene por objeto exclusivo el intercambio de la titularidad de un crédito y el importe del mismo, deducido el *interissurium*. En derecho anglosajón prevalece por su lado el criterio del que el banco no tiene otros derechos que los derivados del mecanismo utilizado y de su posición de holder in due course.

Sin embargo, ya fuera por los propios preceptos legales o por la práctica comercial bancaria, la tesis bajo crítica se ve enfrentada por situaciones que la contradicen. Así, cabría mencionar los casos de Italia, en su Código Civil de 1942, artículo 1859, acordando al banco en caso de falta de pago los derechos derivados del título y, además, la restitución de la suma anticipada. O de Alemania (Federal), en la que las condiciones generales de la banca privada contienen un llamado "derecho de contrasiento", de naturaleza extracartácea, permitiendo al banco obtener el reembolso del importe nominal del título descontado, en caso de que este último no llegue a buen fin.

Más adelante, el autor español dice lo siguiente: "Parece claro que, en la perspectiva de aquellas teorías que ven en el contrato de descuento un negocio de naturaleza estrictamente traslativa y de mero intercambio, no es posible encontrar un fundamento suficientemente convincente para hacer basar sobre él la existencia de una obligación de pago -de carácter extracambiario- que recae sobre el cliente, en caso de que el tercero deudor no pague".

Para poder explicar el fenómeno de la obligación de restituir que recae sobre el descontatario, es preciso partir del presupuesto dogmático de que el descuento es un negocio contractual cuya causa es crediticia, aunque la noción de crédito venga cualificada, en este caso, por el objetivo concreto de obtener liquidez mediante el intercambio de un activo financiero simple, por un activo monetario, es decir, su importe en dinero.

Después de citar doctrina y jurisprudencia italianas en abono de la tesis que propicia, GARCIA-PITA y LASTRES hace específica referencia a la opinión de FIORENTINO quien justifica la existencia de la obligación del cliente partiendo del hecho de que la transmisión del crédito al banco se produce solvendi causa, circunstancia que hace presuponer la existencia de una *solvendum obligationem*. Así, pues, cuando se reconoce en el descuento cambiario la existencia de una acción causal y se predica de la misma su naturaleza extracartácea, es preciso admitir la existencia de una relación previa, de carácter extracambiario, establecida entre accipiens y cedens y que sirve de apoyo a la acción causal antes señalada.

Esta relación no puede ser relación de provisión, puesto que, en principio, el banco permanece ajeno a ella; no pudiendo, tampoco, ser una relación de garantía, por cuanto se produciría el contrasentido de que el propio garante fuera deudor de la misma prestación, frente al mismo acreedor, pero por otro título; lo que es incompatible con la noción de garantía.

“El eje de la cuestión reside en el hecho de que el descontatario recibe del banco la suma del crédito descontado y ha de devolverla, lo que le convierte en deudor principal aunque subsidiario, pero no, accesorio. Y es esta relación la que justifica la existencia de la acción causal...”(Los subrayados son del autor citado.)

Enfocando la cuestión de la cláusula “salvo buen fin” GARCÍA-PITA y LASTRES sostiene que nos encontraríamos ante una situación de futurabilidad o incertidumbre de estas condiciones: del buen o mal fin del crédito descontado dependerá que el descontatario se vea o no obligado a restituir la suma anticipada.

Doctrinariamente operan dos teorías: (1) para un cierto sector la cláusula “salvo buen fin” representa una condición resolutoria; (2) para otros, se trata de una condición suspensiva. Luego de extensas consideraciones, el autor citado dice “que parece preferible referir el efecto de la cláusula “salvo buen fin” a la obligación de restitución del descontatario... esta obligación constituiría el hecho condicionado que podría verse afectado por dos hechos condicionantes opuestos: el pago del tercero deudor o el mal fin del crédito descontado”

Las conclusiones a las que se arriba luego del análisis son las siguientes; (I) La circunstancia condicionante a la que responde la cláusula citada consiste en el “mal fin del crédito descontado”; (II) La mencionada circunstancia afecta la exigibilidad de la obligación de restitución que pesa sobre el descontatario, puesto que mientras la condición se hallaba pendiente, la obligación aludida presentaba un cierto carácter de eventualidad; (III) La condición salvo buen fin reviste las características de una condición suspensiva. En el orden de las ideas en torno al mal fin del crédito descontado, el autor español formula algunas reflexiones que trataremos de sintetizar, dado lo extenso -por lo general- de su exposición en la obra que se compulsó.

Se hace referencia a otras situaciones en las cuales no ocurre un impago por parte del tercero deudor, sino que acaecen ciertos eventos que hacen temer ese impago o bien comprometen las posibilidades de obtener el reembolso a través de la exacción del crédito descontado.

Se alude a (1) la pérdida de bancabilidad de la plaza sobre la que se habría de efectuar el pago del crédito objeto del contrato; (2) la disminución o desaparición de las garantías que acompañan tanto al crédito descontado, como al propio descuento; (3) en el supuesto de letras de cambio, cuando el girado se niega a aceptadas.

El supuesto sub (1) se refiere a los casos en los que, por calamidad pública (por ejemplo, terremotos), no se puede hacer efectiva la cobrabilidad de los documentos descontados. En líneas generales la doctrina (principalmente italiana, país en que ocurrieron tales circunstancias independientes de cobro) se inclina por la tesis de que la entidad descontante debería estar inmediatamente facultada para reclamar el pago al descontatario aunque se reconoce, también, como argumento, que se trataría de un riesgo connatural al negocio jurídico celebrado.

Se sugiere -así lo expresa el mencionado autor español- la conveniencia de registrar un pacto expreso al respecto, a efectos de que el banco descontante pueda ejercer sus recursos sin tener que presentar los documentos, como acreditantes; asimismo, que tal facultad se otorgara en el caso de pérdida de bancabilidad de la plaza respectiva.

El supuesto sub (2) se presenta como más complejo. Dice el autor que “existen preceptos jurídicos... que coinciden en privar al deudor del beneficio del plazo o en liberar al acreditante de su deber de conceder y mantener la concesión de un crédito cuando se producen determinadas circunstancias a las que cabría referirse como 'alteraciones sustanciales', de carácter negativo en su situación patrimonial y como disminución o

ausencia de las garantías prestadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones”. Estos preceptos aluden a dos tipos de cuestiones: las referidas a la insolvencia del deudor o aquellas otras vinculadas a las garantías sobre las que se apoya la confianza del acreedor en el cumplimiento de la obligación.

Se ha discutido el alcance de estas interpretaciones, en la cuestión, en el sentido de si se refieren exclusivamente a la insolvencia o, bien, debería concordarse en un enfoque más amplio y, por ende, más elástico.

El autor español esboza dos criterios generales a seguir: (I) La quiebra del tercero deudor equivale al acaecimiento de la condición de la cláusula “salvo buen fin”: (II) La quiebra del descontatario no permite que le sea reclamada la restitución del anticipo antes del vencimiento del crédito descontado, porque la suya es una obligación sub conditione.

Citando otro autor -RÍVES LANGE- señala con relación al instituto que, puesto que el compromiso del banco descontante está basado en la confianza depositada en el cliente, todo evento que la altere debería, en principio, permitir al banco la revocación del crédito. Con referencia al supuesto sub (3), GACÍA-PITA y LASTRES expresa que “conviene recordar que el descuento es un contrato de crédito y, como tal, comporta la entrega de un capital dinerario y el aplazamiento temporal de su necesaria restitución al acreditante, pero si se permitiese reclamar la restitución del anticipo en un momento lógicamente previo al del vencimiento del anticipo concedido, que se produce cuando vence la letra descontada ¿no se estaría produciendo una reclamación extemporánea de la suma descontada?”.

Sin perjuicio de lo anterior, además del plazo opera la condición a que se hallare sometido el descuento y, mencionando doctrina extranjera autorizada, el citado autor evidencia que la falta de aceptación de una letra descontada, debida a la actitud negativa del girado, abre al banco la posibilidad de ejercer sus derechos frente al descontatario como si, al llegar el momento de su vencimiento, la letra aludida no hubiese sido pagada.

123. Nuestra opinión

Luego del resumen que hemos hecho de diversas teorías se presenta el interrogante de carecer de un punto de partida más o menos sólido, como es el que, habitualmente, provee el derecho positivo de un país.

En síntesis, nos inclinamos por ponderar al descuento con un criterio de amplitud, salvaguardando su originalidad frente a otros contratos bancarios con los que pudiera establecerse cierta conexidad.

El banco que descuenta un efecto de comercio no quiere ingresar en el campo de la especulación sino realizar una operación de crédito, en la que la obligación de restituir por el descontatario -ante la falta de pago del deudor principal- encuentra fundamento en la relación subyacente que enmarca el todo operacional y que habilita al descontante a ejercerla, producidas las circunstancias que la hicieran pertinente.

Por lo demás se ha visto que, incluso, la praxis de algunos países (como Alemania Federal) se resiste a inclinarse cansinamente a su derecho positivo (adverso), dando lugar a situaciones técnico-registrales que procuran reencauzar al contrato sobre visos tradicionalmente adecuados a su operatoria.

124. Diferencia con otras instituciones afines

Doctrinariamente se han expuesto algunos casos, que mencionaremos en forma sintética.

- a) Respecto de la subvención cambiaría, se trata de un préstamo directo instrumentado mediante una letra de cambio que lleva, generalmente, la firma de dos o tres personas conocidas por su solvencia; su vencimiento no excede los seis meses. Se trata de un préstamo de primer grado y no de segundo grado, como el descuento.
- b) Otra operación que guarda cierta analogía es la de anticipo sobre letras de cambio. Mientras que en el descuento el título es transmitido en forma definitiva al banco, en propiedad, en el anticipo lo es en forma provisoria, como prenda.
- c) En cuanto al arbitraje, que tiene por objeto letras de cambio o cheques, las diferencias son las siguientes: (1) disímil enfoque en cuanto a la letra de cambio, considerada como título de crédito en el descuento, mientras que en el arbitraje es tenida, más bien, como mercadería de fácil realización; (2) en el descuento se hace referencia al derecho subsidiario respecto del cliente, mientras que en el arbitraje se está por la solvencia de las firmas; (3) mientras que en el descuento el banco anticipa una suma menor a la consignada en el título, en el arbitraje se puede pagar un importe superior al de la letra de cambio, en razón de la posible diferencia de cambio; (4) en el descuento la inversión se hace por un término breve, mientras que en el arbitraje tal situación no es fundamental.
- d) El denominado descuento fuera de banco o descuento privado o descuento en bolsa: en realidad se trata de operaciones con letras de cambio por sumas elevadas, suscritas por bancos o empresarios de primera línea, en las cuales la solidaridad de las firmas hace en cierto modo innecesario hablar de la garantía subsidiaria del cliente.
- e) El descuento puede encontrarse combinado con otras operaciones bancarias, entre ellas, con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente mediante un convenio especial por el cual el beneficiario se encuentra autorizado a usar del crédito, descontando en el banco las letras de cambio libradas a su favor.

125. Realización de la operación de descuento

Una vez que las partes hubieran hecho intercambio de su consentimiento, se ha formado el contrato de descuento en virtud del cual el banco entrega el importe de un efecto de comercio, que es endosado por el cliente. El cumplimiento de estas dos operaciones configura el descuento.

Lógicamente, el banco no está obligado a descontar todos los efectos que se le presenten, pudiendo realizar una selección. El contrato de descuento se forma y ejecuta de inmediato: se endosa el efecto de comercio y su importe es llevado al crédito en la cuenta del cliente. Algunas veces, tratándose de papeles por sumas elevadas, el banco difiere su aceptación y toma el efecto de comercio bajo examen; la formación del descuento se retarda. El efecto, por lo general, es endosado y entregado al banco, pero este endoso no transfiere la propiedad del título, por cuanto el banco ha diferido el acuerdo (se dice “forma vacía”). En cuanto a las formas de entrega del título, el cliente tiene la obligación de transferir la propiedad del título descontado al banco descontante, lo que implica la obligación de realizar la transferencia conforme a la ley del título y la obligación de entregarlo. El banco descontante puede ser designado en calidad de beneficiario de la letra de cambio. Ocurre a veces que el librador deja en blanco el nombre del beneficiario, al no saber si el banco aceptará descontar el efecto. También éste puede ser endosado al banco; lo que se formaliza mediante un endoso en blanco.

126. Descuento del proveedor

En la generalidad de los casos, la letra de cambio es presentada por el librador. Sin embargo, en algunas oportunidades es presentada por el girado, por cuenta de su proveedor (el librador).

Esta práctica responde a situaciones diversas. Así empresas de primera línea proponen a sus proveedores que las ayuden a descontar sus papeles en condiciones más ventajosas. Prácticamente la operación comienza por una libranza del proveedor, contra su comprador, quien la acepta y procede a descontarla en el banco. El vendedor recibe el producido del descuento por el banco: el intermediario girado desempeña de esta manera un papel de mandatario.

En caso de falta de pago por el girado, el banco tiene la acción cambiaria contra el librador (proveedor) y la acción causal originada en el contrato de descuento.

En otros supuestos y contra el pago al contado de la operación de venta, el proveedor libra una letra de cambio contra su comprador, a la orden de un banco designado; entrega el papel al girado que la acepta, descontándola en el banco y reteniendo el importe del descuento.

127. Descuento de letras de cambio pro forma

Esta operación tiene por objeto acelerar la movilización de los créditos comerciales del cliente en aquellos supuestos en los cuales la actitud del deudor no permitiere un descuento tradicional.

Ocurre por ejemplo que un comprador no quisiera aceptar una letra de cambio sin haber hecho previamente la revisión de la mercadería recibida; esta verificación puede llevar algún tiempo. Entonces el comprador puede tomar la iniciativa de crear la letra de cambio, la que habrá de remitir, ya aceptada, a su acreedor. En esta hipótesis, el vendedor solicita a su banco que descunte otra letra de cambio, ésta, no aceptada; la que será más tarde reemplazada por la primera letra de cambio ya aceptada por el comprador.

128. Instrumentación del descuento

No hay una obligación formal para el descuento que, incluso podría hacerse verbalmente; pero la práctica determina que se haga por escrito mediante una lista detallada y precisa de los documentos a descontarse, que formulará el presentante.

Esta lista contiene los siguientes elementos: a) monto del anticipo que se obtiene, es decir, deduciendo del importe de cada crédito el respectivo descuento; b) duración del anticipo; c) monto del descuento, calculado sobre el importe de cada efecto conforme a la tasa convenida y por el tiempo que faltare hasta el vencimiento; d) garantías de la operación, si caben; además de la solvencia personal de los obligados al pago.

129. Entrega del importe descontado

Se exige la entrega de la suma descontada para que exista el contrato. De manera correlativa con lo anterior, también hace a la existencia del contrato la entrega por el descontatario pro solvendo, del crédito descontado.

La entrega pro solvendo debe efectuarse mediante un acto que sea necesario y suficiente para producir la transmisión, de acuerdo a la naturaleza y carácter del título de crédito o del crédito que se transmite.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta para la viabilidad de la transmisión es que el título de crédito sea descontable, a cuyo fin se habla de que debe reunir las condiciones intrínsecas y extrínsecas. Las primeras son aquellas que deben contener los requisitos esenciales para su transmisibilidad conforme a las disposiciones del Código de Comercio o de leyes especiales. Las segundas son las que hacen a la seguridad de la operación, de acuerdo al uso o práctica bancaria.

130. Obligaciones y derechos del banco

La primera obligación del banco es la de transmitir al cliente la propiedad de la cantidad descontada. Ello puede realizarse mediante el pago en efectivo de la suma descontada o bien por acreditación de la misma.

La segunda obligación es exigir el pago del crédito descontado antes de ejercitar el derecho a la restitución.

El descontante no puede accionar contra el descontatario sin haber, previamente, intentado satisfacerse mediante la percepción del crédito descontado. Se trata de una carga que tiene que cumplir el primero de los nombrados (banco), en cuyo defecto el descontatario le puede oponer excepciones.

La obligación del banco es sólo la de interpelar de pago al tercero, no de ejecutarlo; el banco no está obligado a promover acción ejecutiva, pero si lo hace debe llevarla a buen fin. También implica para el banco la obligación de asegurar los derechos del descontatario respecto del tercero deudor; es decir que debe cumplir todos los actos necesarios a fin de no perjudicar la existencia del derecho del descontatario, respecto del deudor cedido.

En cuanto a los derechos del banco, pueden mencionarse los siguientes: 1º) el cálculo del descuento; 2º) los intereses, incluidos en el cálculo precedentemente enunciado; 3º) las comisiones -varias- dependientes de la práctica bancaria de cada plaza; pudiendo quedar sujetas al control judicial, en caso de abuso; 4º) la provisión, que es la suma que el banco descuenta del monto total del anticipo destinado a compensar la responsabilidad del banco cuando éste procede al descuento de efectos de comercio que exhiben caracteres especiales, como es el caso de las letras de cambio documentadas, con vencimiento a largo plazo; 5º) la restitución del monto anticipado al cliente.

131. Obligaciones y derechos del cliente

La primera obligación del cliente es la de transmitir al banco el crédito descontado.

Hay dos situaciones: una, pro soluto produciendo la liberación del transmitente y otra pro solvendo, originando una liberación pero con carácter condicionado.

El descontante es titular absoluto y exclusivo del crédito o título de crédito descontado permaneciendo el descontatario obligado en forma subsidiaria a la restitución del anticipo y al pago de los intereses para el caso de que el deudor descontado no pague al vencimiento.

Respecto del descontante, tiene acción contra el deudor asignado por el pago del crédito descontado y acción contra el descontatario por la restitución del anticipo y pago de los intereses. Además, en el descuento de letras de cambio u otros títulos a la orden, el descontante tiene la acción cambiaria de regreso contra el descontatario que los hubiera endosado.

El cliente debe intereses compensatorios, sin perjuicio de los moratorios en caso de falta de pago.

Debe restituir, bajo condición suspensiva, el monto del anticipo. Incurre en responsabilidad por errores en la lista de descuento, así como por falsedad, total o parcial, en los efectos descontados.

Con referencia a sus derechos, el descontatario que paga tiene derecho a la restitución del crédito descontado, no perjudicado. Consiguientemente, el descontante debe resguardar los derechos de aquél a fin de mantener la plena validez del crédito descontado y si hubiere permitido que se perjudicara el título, el descontatario puede oponerle la excepción que corresponda y considerarse liberado.

132. Garantías del crédito descontado

a operación puede complementarse mediante la instrumentación, por el descontatario, de las garantías -fianza, prenda de títulos, hipoteca, etcétera- a favor del descontante.

Lo que se utiliza en la generalidad de los casos es una fianza, mal llamada “aval bancario”, o bien el aval constituido por documento separado.

Otra forma de garantía es la estipulación mediante cláusula expresa del derecho del banco a retener un cierto porcentaje del valor nominal de los créditos que se incorporan a la lista de descuento. El banco, por otra parte, adquiere el derecho a invertir dicha retención en la compra de títulos que sustituyan al capital, garantizando el descuento.

El seguro de crédito, que garantiza la operatoria, constituye otra modalidad para preservar al descontante de la posible insolvencia del descontatario.

133. Causas de extinción

Se tratará este aspecto con referencia a los créditos en general.

La primera causa de extinción es por el pago de lo adeudado al banco, ya fuere por el deudor descontado o por cualquier otro coobligado, así como por el mismo descontatario.

Si paga el deudor cedido, el contrato se extingue respecto del descontatario, teniendo en cuenta el efecto liberatorio de la condición pro solvendo a la cual se ha hecho referencia; pero es necesario que el pago sea total, pudiendo el descontante rehusar un pago parcial.

En cuanto a la fecha de vencimiento, puede ser efectuado con anticipación un pago por el deudor cedido en el supuesto de que por su relación con el descontatario así se hubiere convenido. En esta hipótesis, como ello implica para el descontante la deducción de los intereses hasta la fecha de vencimiento, puede exigir esta diferencia contra el descontatario, a fin de que su inversión no quede alterada.

La segunda causa de resolución es referida a las garantías, con las siguientes precisiones: a) existencia y validez del crédito cedido; b) solvencia del deudor o deudores; c) disminución o desaparición de las cualidades esenciales del crédito, considerado como crédito descontado.

La obligación de pago por el descontatario se extiende también para los supuestos en que el deudor cedido cayera en cesación de pago o fuera demandado judicialmente.

La tercera causa es por quiebra, comprendiendo varias hipótesis: (1) quiebra del descontatario: el descontante tiene derecho a insinuarse como acreedor condicional o eventual; (2) quiebra del deudor cedido: el banco tiene derecho de accionar contra el descontatario o bien, participar en la distribución del activo del fallido, haciéndolo como cesionario, aun cuando no hubiera vencido todavía el plazo para el pago; (3) concurso preventivo del descontatario: el banco puede verificar su crédito, intervenir en la junta de aquél y votar el acuerdo preventivo.

La cuarta causa es por prescripción decenal, a contar de la fecha de vencimiento y falta de pago del crédito.

134. Descuento cambiario

Dice MOLLE que la preferencia que el banco acuerda al descuento cambiario se explica, no sólo por el hecho de la cesión de la letra de cambio como contrapartida del importe del crédito incorporado en el propio documento, asegurando de esta manera la posesión de un título de exacción particularmente eficaz, sino por cuanto, normalmente, la letra de cambio es documento de un negocio comercial el cual habrá de proporcionar al banco el pago, al vencimiento del título.

A estos fines, la práctica bancaria distingue tres clases de letras de cambio, a saber: a) la carta comercial; b) la carta de crédito y c) la carta de favor.

La carta comercial está constituida por las letras de cambio llamadas “de negocios” que tienen origen en la efectiva contratación comercial, revelando una relación entre un vendedor y un comprador o entre un comitente y un comisionista. A esta categoría pertenecen las letras de cambio documentadas.

La carta de crédito es aquella constituida por letras de cambio que el comerciante suscribe directamente a la orden del banco al tener necesidad de fondos y carecer de documentos en su cartera. Lleva el nombre de carta financiera o carta de banco cuando está constituida por letras de cambio libradas por firmas comerciales sobre bancos, por créditos de aceptación abiertos por estos últimos o de bancos sobre otros bancos, para utilizar la apertura de crédito.

La carta de favor es aquella constituida por letras de cambio que el comerciante suscribe a favor de un tercero, el que procede a descontar quedándose con el importe neto del descuento; o bien aquellas letras de cambio que un comerciante libra contra un tercero, el que la acepta, aun no siendo deudor y que luego son presentadas para el descuento.

135. Objeto del descuento cambiario

Debe tratarse, en principio, de letras de cambio aceptadas por el girado (art. 27, decreto-ley 5965/63), teniendo en cuanto la importancia cambiaria de la aceptación.

No obstante ello los bancos pueden admitir el descuento de letras de cambio aún no aceptadas, cargando al cliente los gastos cuando llevan estampadas las firmas de otros obligados como endosantes o avalistas contra los cuales pueden accionar por vía de regreso. Si el girado comunica la autorización al tomador, estaría asumiendo una obligación de

derecho común respecto del banco, pudiendo éste descontar el documento.

Con referencia al pagaré, estando firmado solamente por el librador, no es susceptible de descuento, al no quedar incorporado el derecho respecto de un tercero: caso de la letra financiera en la cual el prestatario aparece como obligado directo. En esta hipótesis nos hallaremos ya en presencia de un préstamo directo o bien frente a una apertura de crédito condicionado a la entrega de pagarés directos por el beneficiario.

Excepción a lo anterior ocurre en el caso de que en el pagaré existen otros obligados cambiarios, por ejemplo, endosantes.

WILLIAMS dice que también el cheque puede ser objeto de descuento “pero siempre que el plazo de cobro sea prolongado y el acreedor necesite de fondos en forma inmediata”; lo que a nuestro juicio es discutible, considerando el sentido de mayor o menor inmediatez que tiene este título de crédito. Tampoco correspondería compartir totalmente la mención que se hace en el sentido en que el documento sería reforzado con la firma por aval, teniendo en cuenta la discusión jurídica que existe al respecto.

Las letras de cambio de favor o de complacencia pueden, asimismo, ser objeto de descuento. Se trata de documentos en los cuales lo importante es que alguna parte, aunque no fuere obligada en la realidad de los hechos, hubiere estampado su firma a favor de un tercero, el beneficiario del documento de favor. El banco es, en principio, extraño a esta situación, pudiendo ejecutar el documento en caso de falta de pago como estando totalmente ajeno a la complacencia interpuesta; salvo que existiere un pactum de non petendo, en el cual el banco haya participado.

136. Variantes de letras de cambio según el descuento

Se utiliza la expresión “bancable” para distinguir la letra de cambio que es susceptible de ser descontada por el banco.

Los requisitos de bancabilidad se refieren a las firmas de los suscriptores, vencimiento de las letras y su monto y lugar de pago. Pareciera obvio señalar que el banco ha de preocuparse para que la letra lleve el número de firmas que haga presumir la regularidad de su cobro; sin perjuicio del que ha de poner el acento en la honorabilidad de su cliente, a quien se supone que conoce mejor que a los restantes obligados.

En cuanto al vencimiento, se consideran bancables los efectos de comercio con vencimiento a tres, cuatro o seis meses a contar desde la fecha de admisión al descuento. El plazo mínimo es de cinco días en letras sobre la misma plaza y de diez días en aquellas sobre plazas distintas.

La afirmación formulada por WILLIAMS en el sentido de que los “bancos centrales fijan un monto mínimo a los documentos susceptibles de descuento o sea el valor nominal mínimo de los efectos 'bancables'”, corre por cuenta de ese autor, dado que la cuestión bancocentralista excede manifiestamente los límites de derecho privado bancario.

En lo referente al lugar de pago los bancos aceptan al descuento los efectos de comercio pagaderos sobre la misma plaza o sobre otras plazas en las cuales tengan una sucursal o filial.

Las letras de cambio no aceptadas son, en principio, no bancables; pero puede ocurrir que medie autorización concretada en oportunidad en que la letra de cambio es preavisada por la factura del vendedor.

137. Existencia de un crédito no vencido

De acuerdo a la definición de descuento, éste se calcula sobre la base de la distancia temporis.

Tal requisito no desaparece si la letra de cambio o el pagaré fueran pagaderos “a la vista” por cuanto en este caso el vencimiento no coincide con el día de emisión del título, sino con aquel de su presentación al pago. Asimismo, es suficiente una distancia loci, aun breve, que debiera recorrerse cuando el título sea pagadero fuera de la plaza o bien, en el exterior, para que entonces haya de surgir esa distancia temporis que configura el elemento esencial de la operatoria.

138. Transferencia del título descontado

En el descuento es elemento la transferencia en propiedad que el descontatario debe hacer respecto del título a descontar, lo que se hace mediante su endoso.

Queda excluido el endoso en procuración o el endoso en garantía, dado que el título debe ser transferido en propiedad. Este, en consecuencia, no puede ser endosado con la cláusula “sin garantía” u otra equivalente.

Con respecto al descuento à forfait, por el cual el banco agrega a su comisión de descuento otra por la que asume todos los riesgos derivados de la eventual insolvencia del girado o emisor del título

exonerando al descontatario de cualquier responsabilidad cartular o extracartular las opiniones doctrinarias están divididas: por un lado, MOLLE y MINERVINI entienden que el caso excede el ámbito del descuento para ingresar en el de la compraventa de títulos de crédito.

Por la otra, WILLIAMS, siguiendo a ANGELONI y DONADÍO, entiende que el caso no debería ser confundido con la compraventa à forfait de efectos endosados sin garantía, por un precio determinado en base a la posibilidad concreta de su realización.

Puede apreciarse que se trata, en el fondo, de puntos de vista doctrinarios, según la concepción que el autor tuviere del instituto de descuento bancario.

139. Obligaciones del banco en el descuento cambiario

Si se trata de letras de cambio “bancables”, no habiendo sido aceptadas, el banco deberá presentarlas a la aceptación cuando ello fuera posible. La imposibilidad del caso puede situarse en la proximidad excesiva de vencimiento del efecto o que éste llevare la cláusula “no aceptable”.

La principal obligación del banco es la presentación al pago, conforme al artículo 40 del decreto-ley 5965/63 en el lugar y domicilio de las personas determinadas por el artículo 41 del mismo texto legal. En el descuento cambiario, el banco no puede rehusar un pago parcial de la letra de cambio, ni del cheque.

140. Acciones del banco

En primer lugar tenemos la acción cambiaria contra todos los obligados cambiarios, es decir la acción ex título y, luego, la acción causal (acción ex causa).

La acción cambiaria no puede ser otra que una acción de regreso por cuanto el descontatario cedente de un crédito cambiario, no puede ser obligado principal. Si se descuenta una letra de cambio, el descontatario intervendrá como librador o como endosante, si lo que se descuenta es un pagaré lo hará como endosante del título, no pudiendo ser admitido al descuento el emisor del título y si se trata de un cheque, lo hará como librador.

En cuanto a la acción causal se encuentra fundada en la relación de préstamo y en la promesa de restitución, con pago por medio de un tercero, hecha por el descontatario. Objeto de la acción causal es la restitución de la suma anticipada, la que debe ser entendida no como la suma de hecho consignada por el banco al descontatario, sino el importe del crédito cedido.

141. Prórroga y renovación de los efectos de comercio

El rigor cambiario limita las consecuencias de toda prórroga la que deberá ser ponderada prudentemente por el banco a efectos de lograr la conformidad de los firmantes y, de modo particular, del descontatario. No obstante lo anterior, el avalista continúa obligado pese a la prórroga.

En cuanto a la renovación, no produce novación respecto de la relación fundamental, teniendo el banco derecho en este caso a cobrar una nueva comisión y los intereses del descuento. Las garantías permanecen incólumes con referencia al nuevo documento. Únicamente se produciría novación si la renovación implicase una modificación en la persona del girado.

142. Cláusulas de irresponsabilidad

Los bancos suelen convencionalmente introducir cláusulas de irresponsabilidad por presentación tardía, cuyos efectos se producen sólo entre el banco y el cliente, pero que no pueden ser opuestos a los restantes obligados cambiarios.

No hay exoneración del banco en el caso de culpa grave de éste, rigiendo entonces los principios generales.

143. Cláusulas de extinción en el descuento cambiario

Con independencia de las causas propias del descuento en general, el descuento cambiario reconoce otras causales de extinción del contrato: novación y quiebra del descontatario.

Respecto de la novación extingue el contrato de descuento y se verifica sólo en los supuestos de renovación de la operación.

Con referencia a la quiebra MOLLE dice que si la letra es aceptada antes de que la quiebra hubiera sido declarada el girado con su aceptación, cumple con la obligación principal de pago y si fuera deudor del librador quedaría liberado con respecto al concurso. Antes de la declaración de quiebra se ha perfeccionado la relación delegatoria, habiéndose operado la separación de la provisión.

Si por el contrario el girado no ha aceptado la letra al tiempo de declaración de quiebra, el crédito de la provisión permanece congelado a favor de la quiebra.

Las divergencias interpretativas surgen cuando el girado paga la letra de cambio a su vencimiento.

Si él ignoraba que el librador se encontraba fallido, con el pago al banco consigue su propia liberación con la consiguiente extinción de su obligación respecto de la quiebra. Si, por el contrario, el girado paga conscientemente o con culpa grave, con conocimiento de la quiebra del librador, las opiniones están divididas: una, sostiene que la sindicatura tiene el derecho de reclamar al tomador de la letra de cambio (es decir, el banco descontante) la restitución de la suma percibida. Otra, en sentido opuesto, entiende que la sindicatura carece de tal derecho pero puede exigir al girado la exacción del crédito objeto de la relación de provisión. MOLLE estima que siendo el pago un “hecho cambiario” que no se diferencia de la aceptación, debe considerarse como válido. El girado que acepta el título acepta objetivamente la letra de cambio y, por ello, debe también aplicarse al pago en cuanto éste se refiere objetivamente al documento. Por lo tanto, la sindicatura no puede pretender del banco la restitución del monto recibido del girado.

Correspondería aclarar que se trata de cuestiones controvertidas aun en derecho italiano del que hemos sintetizado las opiniones de la doctrina autorizada y de ciertos casos resueltos por los tribunales de ese país.

Aparentemente, lo que se ha expuesto podría compartirse, en principio, pero estimamos que para nuestro derecho “el” caso debería estimarse como decisivo, a fin de sostener una opinión fundada con la norma positiva.

CAPÍTULO X LA TARJETA DE CREDITO

144. Generalidades

El procedimiento es conocido.

El establecimiento emisor entrega a su cliente, llamado adherente, una tarjeta plástica en la cual se menciona su nombre su domicilio y el número de su cuenta.

En la medida en que el adherente procede a comprar a determinados proveedores, en lugar de pagarle en efectivo o mediante cheque, exhibe su tarjeta cuyas menciones son reproducidas en la factura y pone luego su firma. El proveedor hace entrega de la factura al establecimiento emisor, que paga su importe. Aquél, generalmente a fines de cada mes, reclama a su adherente el reembolso de las facturas que hubiera pagado.

Esta descripción debería complementarse con dos características importantes: 1º) el mecanismo comporta una garantía en favor de los proveedores: el establecimiento emisor se compromete a pagar las facturas hasta un cierto monto, por factura, aun en el supuesto de que el portador de la tarjeta no tuviera crédito suficiente en su cuenta. Más allá del monto fijado el establecimiento emisor no pagará la factura al proveedor sino con reserva de pago por el adherente.

2º) Por otro lado, el mecanismo comporta una posibilidad de crédito para el adherente, el que puede reembolsar los gastos efectuados de forma generalmente escalonada, tratándose de un crédito revolving.

No interesa, mayormente, precisar el desarrollo internacional de este instituto técnico-jurídico, por cuanto las cifras varían sustancialmente de país a país, dependiendo en buena medida de la envergadura económico-financiera que tuviere.

A simple título de ejemplo, correspondería citar la mención que formula DE MARCHI cuando, haciendo referencia al fenómeno de los EE.UU. dice: “Muchas grandes industrias americanas han efectuado un sistemático recurso a las tarjetas de crédito para favorecer la venta de sus productos... Actualmente(1980) bastará recordar que entre los emisores se encuentran las principales sociedades petroleras... grandes sociedades dedicadas a la hotelería, organizaciones turísticas, cadenas de grandes almacenes y hasta una conocida marca fabricante de vehículos que ofrece a sus compradores una tarjeta de crédito con la finalidad de adquirir repuestos”.

145. Definición

El autor antes citado nos proporciona la siguiente: “La tarjeta de crédito es un documento que legitima al portador -previa inserción de su firma en las facturas o en los módulos contables especiales- a adquirir a crédito de los comercios adheridos, mercaderías y servicios, de cuyo pago queda obligado, en primer término, el emisor de la tarjeta”. Esta definición puede ser aplicada a los diversos tipos o clases de tarjeta de crédito: debiendo diferenciarse del otro título estudiado en ese ensayo -tarjeta-cheque- respecto del cual, en síntesis, podría decirse que tiende a procurar dinero u otro medio de pago.

146. Función económica

En el fondo del análisis puede decirse que la tarjeta de crédito cumple una doble función de acercamiento y de asentamiento del comercio: lo primero, por cuanto el comerciante aumenta su clientela favorecida mediante una facilidad de pago de sus compras, a lo que puede sumarse una cierta modalidad de crédito; lo segundo, por cuanto mediante esta facilidad el comerciante podrá vender más, utilizando las posibilidades que le brinda la intermediación proveída por el establecimiento emisor.

147. Clasificación

Como se ha dicho, se conocen varias clases de este instrumento.

En primer término, las tarjetas emitidas por grandes empresas, ya mencionadas en el párrafo 144. Luego menciona a los establecimientos financieros (Diners Club y American Express) que emitieron tarjetas de crédito posibilitando a sus portadores adquirir ciertos bienes o servicios en el dominio de la hotelería, del turismo, de los transportes. En realidad, estas tarjetas permitieron la adquisición de una gama de servicios o de bienes más amplia que aquella proporcionada por las empresas comerciales, siendo denominadas tarjetas universales.

En otro orden tenemos a los bancos, que desarrollaron diversas modalidades, por ejemplo, la conocida en Francia como *carte blue*, con una doble ventaja: por un lado, permitiendo al portador procurarse una gama de bienes muy extendida; por el otro, el banco emisor es controlador de la cuenta de depósito o de la cuenta corriente del cliente y se reembolsa

mediante el débito en la cuenta.

148. Naturaleza jurídica del contrato entre la entidad emisora y el titular

Sin que deba preocuparnos demasiado todo aquello que tenga atinencia con la naturaleza jurídica de un instituto, estimamos conveniente significar la cuestión en los siguientes términos, analizando el pensamiento de WILLIAMS que la ha expuesto con lujo de detalles, luego de desarrollar las diversas concepciones esbozadas por la doctrina.

El citado autor nacional sostiene que hay una delegación de pago activa, en la cual el emisor es el delegado; el titular de la tarjeta, el delegante y el establecimiento vendedor (comerciante), el delegatario.

El titular y la entidad emisora están vinculados por una relación de provisión que se identifica en un contrato de apertura de crédito, por el cual aquél resulta su beneficiario; ello conforme (para este autor) con el artículo 486 de nuestro Código de Comercio. El emisor, como delegado, asume el pago del crédito que naciera a favor del establecimiento vendedor por las compras o los servicios prestados o por el dinero efectivo entregado al titular de la tarjeta. Este -y el comerciante- están vinculados por la relación de valor que se sustenta en las adquisiciones efectuadas, los servicios o adelantos que el titular efectúa, se le prestan o las sumas que retira.

Esta opinión de WILLIAMS sigue la señalada por otros autores extranjeros (aunque sin citarlos), tales como STOUFFLET y CHABRIER, los cuales la aplican en función del derecho positivo de su país: “Por la parte garantida, el banco se encuentra en la misma situación jurídica que si hubiera suscripto una carta de crédito comercial”.

Finalmente, WILLIAMS agrega que en la tarjeta de crédito se produce una situación análoga a la del cheque con la diferencia de que consiste en la existencia de un contrato de apertura de crédito, en lugar de un depósito previo. Además, en aquella existe una relación causal con el emisor de la tarjeta, mientras que en materia de cheque nos encontramos con una abstracción respecto del tercero portador del título.

En suma -y de acuerdo a este criterio-, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1 del Título Preliminar y el artículo 207 del Código de Comercio, correspondería aplicar a la tarjeta de crédito las prescripciones dispuestas sobre la carta de crédito en ese cuerpo legal.

149. Naturaleza jurídica de la convención entre la entidad emisora y el establecimiento adherido

En general la doctrina está inclinada hacia el reconocimiento como un contrato en favor de terceros. Resulta evidente que el titular de la tarjeta de crédito tiene un interés directo para así poder disfrutar de los beneficios que emanan del pacto entre el emisor de la tarjeta y los establecimientos comerciales adheridos.

La tesis de la existencia de un contrato en favor de terceros ha sido objeto de crítica por parte de SPADA señalando los inconvenientes que se darían de su aplicación concreta a la convención celebrada entre la entidad emisora y el establecimiento adherido, en los supuestos de negativa del cumplimiento de la obligación o de la revocación.

En definitiva, lo que se opina es que no existe un contrato en favor de terceros, sino un contrato con prestaciones al tercero, calificado como contrato normativo unilateral. Esta es

la tesis de la que participa WILLIAMS.

150. La tarjeta de crédito como documento

Hay opiniones dispares: para unos, se la ha considerado como título de crédito, inclusive, como papel de comercio; para otros, es solamente un documento probatorio.

WILLIAMS critica a los autores que intentan, con mayor o menor precisión, involucraría dentro de los títulos de crédito. Siguiendo los lineamientos trazados por FARGOSI, reconoce en la tarjeta de crédito un medio identificatorio para acceder al ejercicio del derecho; pero en modo alguno, la tarjeta incorpora un derecho distinto de la relación sustancial...; no es otra cosa que instrumento de un contrato, o sea un documento meramente probatorio por medio del cual el titular puede pretender la prestación del vendedor.

Este autor recuerda que a los comprobantes y títulos de legitimación no se les aplican las disposiciones propias de los títulos de crédito, sino que se encuentran regidos por la autonomía contractual de las partes, limitada por las disposiciones de orden público.

151. Tarjetas adicionales

Se trata del supuesto en el que, además del titular de la tarjeta, ésta puede otorgarse a otras personas autorizadas por aquél.

La jurisprudencia ha resuelto que se trata de un caso de asunción privativa de deuda, por cuanto siendo responsable el titular, el autorizado puede usar la tarjeta y quedar liberado de la eventual responsabilidad del pago.

Esta modalidad puede darse en la hipótesis de las tarjetas familiares (esposa, hijo, etcétera) o bien, de una empresa, que es la titular y que puede determinar quiénes se encuentran autorizados para usarla.

152. Caracteres de la tarjeta

Es propiedad del emisor, el que puede requerir su devolución o determinar su cancelación en cualquier tiempo. Es, además, intransferible. Se emite por el plazo de un año; operando la tácita reconducción si el usuario continúa con el uso del servicio.

El emisor de la tarjeta es un tercero respecto de las relaciones entre el titular de aquélla y el comercio adherido por lo cual cualquier problema que pudiera suscitarse en razón de las operaciones pertinentes (compraventa, transporte, hospedaje, etc.) debe solucionarse entre las partes directas, con exclusión del emisor.

En otro orden de ideas, del contrato celebrado entre el emisor y el comercio adherido surge el derecho del titular de la tarjeta a exigir la aceptación de la misma como medio de pago o derecho a la prestación del servicio que forma parte de la operatoria consignada.

153. Requisitos

Entre los requisitos personales, en las tarjetas más conocidas, el emisor puede ser un banco o una asociación o una persona jurídica. Resulta casi obvio mencionar quiénes son las otras partes de la operación: titular y comercio adherido.

Con referencia a los requisitos formales encontramos los siguientes:

1) las notas de cargo, documento firmado por el titular de la tarjeta al efectuar la consiguiente operación. Este documento se realiza por triplicado o cuadruplicado, con impresión mecánica de la tarjeta de crédito, quedando uno de los ejemplares en poder del usuario mientras que los restantes son retenidos por el comercio o remitidos al emisor; 2) el resumen que el comercio adherido envía al emisor, como la nómina de las notas de cargo correspondientes; 3) la liquidación que periódicamente el emisor remite al titular de la tarjeta, con los débitos efectuados.

154. Derechos y obligaciones de los contratantes

154.1. Del emisor. Con referencia al titular de la tarjeta (1) cobrar la cuota de afiliación y la cuota periódica; (2) reembolso de las notas de cargo pagadas por el titular; (3) reclamación de los intereses moratorios y punitivos, si hay mora en el reembolso; (4) derecho al reembolso de las notas de cargo cuando en los casos de extravío, robo o hurto de la tarjeta, su titular no hubiera efectuado oposición en el tiempo debido; (5) reclamación de daños y perjuicios en el supuesto de uso fraudulento de la tarjeta; (6) resolución y rescisión del contrato, si correspondiera.

Con referencia al comercio adherido, el emisor tendrá derecho a (1) cobrar la comisión pactada; (2) alegar la rescisión y resolución del contrato, en los casos contractuales previstos.

En cuanto a sus obligaciones, deberá pagar al comercio las notas de cargo correspondientes a las operaciones efectuadas por éste.

Además, la principal obligación del emisor consiste en producir cada mes la liquidación pertinente, comprendiendo los derechos que tiene al reembolso de los débitos o cargos que surgen de la operatoria. Si el titular no recibiera la liquidación, es obligación de su parte requerirla en el domicilio del emisor a fin de determinar el estado de su cuenta. El contenido de la liquidación se tendrá por reconocido y aprobado de no mediar observaciones del usuario dentro de los cinco días corridos de haberla recibido.

Se cita el caso “Crédito Liniers S.A. Compañía Financiera c/Tito, Reinaldo”, en el cual se resolvió que la exigencia incluida en el contrato acerca de que el usuario debe concurrir a la entidad a retirar su liquidación mensual, si no la hubiese recibido, aparece como 'equitativa' dentro de un contrato que debe cumplir una función económica en base a la buena fe y a la confianza recíproca de las partes.

Aspectos relativos a la contabilidad

El tema fue tratado localmente: en torno de una cláusula estampada por la emisora de la tarjeta de crédito, en los términos siguientes: “Producida la aceptación de la liquidación por conformidad expresa o tácita del usuario, queda facultado el banco otorgante para la destrucción de los talones, cupones, facturas o boletas de venta correspondientes a los rubros incluidos en dicha liquidación, sin posibilidad de reclamos futuros por parte del usuario”.

Se ha considerado -parecer que compartimos- que el tenor de semejante cláusula constituye una transgresión al artículo 67 del Código de Comercio, en su actual versión (decreto-ley

4776/63), concordante con los artículos 43, 65 y 70 del texto legal mencionado. Lo fundamental es llevar una contabilidad regular máxime tratándose de una entidad financiera regida por la ley 21.526 que se refiere de manera expresa a la Contabilidad y Control que deben llevar dichas entidades.

154.2. Del establecimiento adherido. En cuanto a las obligaciones, debe: (1) determinar el carácter de poseedor legítimo de quien presenta la tarjeta de crédito; (2) verificar que la tarjeta no ha sido anulada telegráfica o telefónicamente o por carta, o que la misma se encuentre inserta en el boletín de anulaciones o suspensiones, que es publicado periódicamente por el emisor; (3) llenar la nota de cargo con los datos pertinentes; (4) remitir diariamente o en los plazos fijados, las notas de cargo, al emisor; (5) subrogar al emisor en todos los derechos del establecimiento respecto a los titulares de las tarjetas de crédito por cuya cuenta aquél haya efectuado los reembolsos; (6) reintegrar al emisor las sumas que éste pagare cuando el establecimiento adherido concretó la operación con quien le exhibiera la tarjeta de crédito, en los supuestos en que la misma careciera de validez en el país donde se formalizara la venta o prestación de servicios. También debe reintegrarse cuando la nota de cargo no permitiera la identificación del titular o careciera de firma o ésta no coincidiera con la registrada en la tarjeta.

Pasando ahora a reseñar las obligaciones del comercio adherido en relación a las operaciones con el usuario de la tarjeta, puede decirse lo siguiente: (1) de ARILLAGA hace referencia a que el comercio debe ofrecer sus productos o servicios en las mismas condiciones a los usuarios de la tarjeta, que a los clientes que paguen en efectivo. Esto es puramente teórico -dependiendo de las condiciones económico-financieras de cada medio-, por cuanto es fácil apreciar que no se cumple, ni de lejos, en nuestro país; (2) relevar al emisor de toda responsabilidad por las reclamaciones relativas a los bienes vendidos o servicios prestados.

Asimismo, desde una perspectiva formal, el establecimiento adherido debe exponer en el exterior e interior del mismo el emblema o símbolo del emisor, debiendo asimismo contar con todo el material necesario para el buen cumplimiento del contrato.

154.3. Del usuario. 1) La obligación primordial del usuario es la del reembolso del contrato, dado que la emisión de la tarjeta de crédito importa la concesión de un crédito en calidad de préstamo (art. 489 Cód. Com.).

2) Debe observar además las precauciones necesarias y suficientes de custodia de la tarjeta a fin de evitar la utilización fraudulenta de la misma, perdida o robada. El usuario desposeído debe avisar al emisor de la pérdida o robo de que ha sido víctima.

En el mismo instante en que el emisor es avisado, el titular de la tarjeta no corre más riesgo. Las erogaciones efectuadas por el ladrón, con posterioridad al aviso, son soportadas por el emisor en la medida en que éste, por su lado, no haya notificado del hecho a los diferentes comercios adheridos. Ocurrido esto, la responsabilidad se sitúa en cabeza de los comercios.

En cuanto a la responsabilidad del usuario, previo a dar el aviso mencionado, operan dos clases de reservas: el comercio adherido puede ser declarado responsable de las consecuencias de la fraudulenta utilización de la tarjeta si ha incurrido en culpa, por ejemplo, al no controlar la diferencia en las firmas estampadas en la tarjeta y en la factura. La segunda (conforme a las prácticas francesas) puede ocurrir cuando hay una parte de los importes garantizados al comercio adherido, por el banco. Aquél, soslayando este modo, opera a su riesgo y peligro salvo que solicite el acuerdo del banco lo que en determinados casos puede realizar por teléfono, a un centro de autorización instituido a esos efectos.

3) La no-utilización de la tarjeta después de que ésta hubiere caducado.

- 4) La no-autorización por encima del límite autorizado.
- 5) Devolver las tarjetas de crédito emitidas en caso de caducidad, cancelación y revocación o proceder a su destrucción, con derecho al reembolso o no según lo pactado.
- 6) Pagar la cuota que corresponda por el período por el cual se emite la tarjeta de crédito, con derecho -o no- al reembolso de la parte proporcional en caso de resolución o rescisión del contrato.
- 7) Dar aviso al emisor del cambio de su domicilio.
- 8) Notificar toda modificación de su condición de trabajo.
- 9) Pagar los impuestos que graven al contrato.
- 10) Pagar la prima de seguro cuando se hubieren adquirido pasajes en medios de transporte.
- 11) Formular oposición en caso de pérdida, robo o hurto de la tarjeta básica o de las adicionales, en forma inmediata al conocimiento del hecho perjudicial.
- 12) Reintegrar en los plazos fijados los cargos y débitos registrados en el resumen de cuenta. Esta práctica se hace mensualmente, fijándose la fecha en que deberá efectivizarse el pago.

Cuando la tarjeta hubiera sido usada fuera del país los contratos prevén la forma en que se pagarán las compras o servicios, así como los gastos en que se hubiera incurrido.

De esta manera se establece que los gastos sean facturados por el emisor en la moneda extranjera en que se hubieran efectuado o, bien, convertidos a dólares estadounidenses al tipo de cambio (vendedor) de la moneda cotizada al día anterior en el Banco de la Nación Argentina, sucursal de Nueva York. El resumen de cuenta debe abonarse en el equivalente de nuestra moneda de curso legal al tipo de cambio (vendedor) vigente en dicho banco a la fecha del efectivo pago, con más un porcentaje que se establece en el contrato, en concepto de gastos, comisiones o impuestos por la transferencia de divisas.

El autor alude a que nos encontramos frente a un negocio jurídico complejo “pues no se trata de un solo contrato, sino de una gama de diversas operaciones cuyo catálogo mal puede ser llamado solamente 'contrato'.

Es un contrato de adhesión (que habilita) en materia interpretativa a favor de la parte contratante más débil.

La materia interpretativa, en la especie, es compleja: se ha admitido la licitud de la cláusula por la cual el solicitante de una tarjeta de crédito confiere poder irrevocable el banco emisor para que proceda a la apertura de una cuenta corriente bancaria destinada a registrar las deudas ocasionadas por el uso de la tarjeta.

Existe otra previsión contractual para el supuesto que no hubiere libre negociación de la divisa, en cuyo caso la suma entregada en moneda argentina no tendrá efecto cancelatorio y quedará “a cuenta” de lo debido, hasta tanto pueda realizarse la conversión y transferencia de los fondos. En ese momento, el titular de la tarjeta se compromete a pagar dentro del quinto día de serle requerido, la diferencia en moneda argentina que fuera necesaria para esa operación.

Los cargos por servicios de empresas de transporte serán facturados al tipo de cambio vigente en esas actividades empresarias.

El titular de la tarjeta asume el riesgo cambiario para cancelar las obligaciones en moneda argentina, desligando asimismo al emisor de los supuestos por la no aceptación de las tarjetas en el exterior cuando se limitan los pagos al extranjero, por medidas político-administrativas.

13) El pago debe efectuarse en el domicilio del emisor.

14) Para el supuesto de que el titular se ausente del país por un plazo que exceda los treinta

días deberá designar un mandatario para que reciba las liquidaciones o resúmenes. En este caso las notificaciones se efectuarán en el domicilio constituido por dicho representante.

15) El pago de los intereses, compensatorios, moratorios y punitivos. Respecto de la procedencia de estos dos últimos tipos de intereses, los contratos estipulan que la mora se produce de pleno derecho por el mero vencimiento de los plazos, los que corren a partir de la fecha de pago del resumen de cuenta.

Otro supuesto es el de la tarjeta adicional, con las variantes de a) que el beneficiario del adicional se hubiera limitado a suscribir la petición de la tarjeta complementaria o b) que, además, se hubiera constituido en codeudor.

En el supuesto a) toda la responsabilidad recae en cabeza del solicitante titular.

a) Responsabilidad del comprador (titular de tarjeta).

Se ha resuelto que en el caso de que el emisor no haga efectivo el pago al que se obligó, el comprador, igualmente, queda obligado a pagar el precio de adquisición de la mercadería comprada mediante la tarjeta de crédito.

b) Responsabilidad de la empresa pagadora

En este aspecto CHOMER emplea la voz empresa de franquicia, a nuestro juicio impropriamente por cuanto se estaría aludiendo a otra modalidad contractual de nuestros días -precisamente la de franquicia-, que responde a otras características y fines. Lo que el autor citado ha querido significar, sobre la base de la jurisprudencia local, es que la responsabilidad de pago recae sobre el banco o entidad financiera que la asumió, no sobre la empresa emisora de la tarjeta, que ha seleccionado a aquél (o aquélla) a los fines pertinentes.

c) Resúmenes de la cuenta

Se ha discurrido en torno de la naturaleza de estos documentos, llegándose a concluir que no constituyen una "cuenta" dado que hacen una mera descripción del saldo, partiendo de otro precedente, con la adición de cargos y recargos, gastos e intereses, carentes de explicación.

El resultado de estos resúmenes puede ser impugnado cuando se determine la existencia de errores en los estados de la cuenta u objeciones desoídas.

La defensa mencionada podría ser opuesta por vía de excepción: existiendo algún fallo según el cual, negada la validez del resumen por el titular de la tarjeta, la entidad emisora tiene la carga de demostrar su exactitud, a fin de superar tal objeción.

d) Resolución del contrato. Nuevas cláusulas

Conforme a la jurisdicción se resolvió que ante el pacto expreso de las partes y sin mediar denuncia anticipada del usuario o rechazo del emisor, el contrato se renovará automáticamente por el solo vencimiento del período convenido; ello, con mayor razón, si el titular continuó utilizando la tarjeta después del vencimiento del plazo.

e) Cupones

En apariencia, no habría una resolución definitiva respecto de la naturaleza de estos documentos; por exclusión se los quitaría de las llamadas cuentas de venta. CHOMER agrega que la doctrina los considera como una especie del género de las notas de débito.

f) Mora

En primer lugar, hay que distinguir si existe un pacto expreso en las condiciones de utilización de la tarjeta o, por el contrario, si se ha omitido alguna cláusula al respecto. En la primera de las hipótesis resulta necesaria la interpelación previa a los efectos de la constitución en mora; en la segunda, dicha determinación en mora será automática. Después de algunas vacilaciones de la jurisprudencia local, CHOMER dice que la cuestión habría quedado superada considerando el tenor de una cláusula contractual por la que se prevé la mora automática del beneficiado ante la falta de cancelación, en tiempo, del saldo adeudado que arroje la liquidación mensual expedida por el emisor.

g) Caducidad

No procede cuando el usuario, por su conducta hubiera demostrado su consentimiento a la renovación del contrato luego de vencido el término de vigencia.

Con referencia al anatocismo la jurisprudencia local se ha evidenciado contradictoria. Por un lado, la CNCom, Sala C en un fallo “Diners Club Argentina S.A. c/De Lío, Miguel Angel y otra”, del 28-V-85, ha considerado improcedente la capitalización de intereses por ser violatoria del artículo 623 del Código Civil, disposición que considerara de orden público. Por el otro, la Sala B de dicha Cámara Nacional de Apelaciones ha entendido que no debería aplicarse dicho artículo, correspondiendo resolver la cuestión en función del artículo 569 del Código de Comercio (autos “Argencard S.A. c/ Ugarte Jorge M. del 18.II.86).

Como dijéramos en las notas precedentes también en este aspecto controvertido del anatocismo la cuestión ha variado a partir de la sanción de la ley 23.928 que en su normativa ha modificado el texto del artículo 623 del Código Civil, estableciendo cierta regulación en la segunda parte de la norma, sin perjuicio de lo que las partes pudieran haber convenido. A esta altura podemos únicamente señalar que nos encontramos en un período de interpretación legal aún no firme y ponderada, en un tema que tiene implicancias éticas, a la vez que técnicas.

155. Resolución y rescisión del contrato

- (a) Entre el emisor y el titular de la tarjeta puede haber una resolución tácita cuando vencido el plazo convenido para la vigencia del documento, el emisor no emite uno nuevo;
- (b) Entre el emisor y el establecimiento adherido dependerá de las condiciones que se pacten. Si no hay fijación de plazo, la resolución puede producirse mediante un preaviso a la contraparte.

156. Procedimiento para el cobro del saldo deudor

En esta materia existe discrepancia de criterios en las diferentes salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

WILLIAMS señala que mientras las Salas “A” y “B” de ese tribunal se han pronunciado en contra de la procedencia de la vía ejecutiva para cobrar el saldo deudor de una tarjeta de crédito, las Salas “C” y “D” han declarado procedente la preparación de la vía ejecutiva. Considerando lo que es un título ejecutivo que habilite “despachar” la ejecución, nos inclinamos con el autor citado por la tesis negativa.

157. Rescisión por culpa del usuario

Los supuestos son varios, previstos en algunos contratos: a) por mora en el pago del acuerdo; b) cuando a juicio del banco otorgante varíen las condiciones económicas y/o de solvencia del usuario creando la posibilidad de un incumplimiento eventual; c) cuando los datos consignados por el usuario en la solicitud fuesen falsos; d) cuando la medida “fuera aconsejable atendiendo a circunstancias de inhibición, embargo, concurso o libramiento de cheques sin fondos otorgante”; e) cuando el usuario se excediera en el límite de compra asignado por el otorgamiento y no cancelare su importe en el plazo indicado por la cláusula respectiva.

158. Efectos de la rescisión

La doctrina nacional (WILLIAMS) hace referencia a una cláusula en el punto por la cual la rescisión del contrato importa la cancelación de la tarjeta y el titular o usuario se compromete a devolverla, de inmediato, al emisor, aceptando que la misma pudiera ser retenida por cualquier comerciante adherido al sistema, con la finalidad de devolverla al banco, renunciando a cualquier acción contra éste o contra el comerciante y, al mismo tiempo, renunciando a exigir la devolución del arancel.

El citado autor formula una crítica a este clausulaje por cuanto, acorde con el concepto de que “se creare la posibilidad de incumplimiento eventual”, se estaría confundiendo fundamento con causa; mientras que respecto al otro concepto de que “hiciera aconsejable la medida” se estaría dejando en manos del banco un amplio margen de discrecionalidad, impropio en este tipo de contrato.

Nosotros estamos de acuerdo con esto último; pero respecto a la primera observación nos permitimos señalar que ello significaría ingresar en la dudosa -y tortuosa- tesis causalista, la que, por lo general, no conduce a nada práctico o definido.

159. Responsabilidad por uso indebido de la tarjeta

En el supuesto de pérdida, hurto o robo de la tarjeta, su titular debe dar aviso telefónico de inmediato a la entidad emisora, a cuyo efecto se registran los números a los cuales puede llamarse, inclusive en domingos y feriados. Ello, sin perjuicio de complementar esa notificación mediante la denuncia formulada ante la autoridad policial competente.

En la jurisprudencia local se cita un fallo de la CNCom, Sala B, autos “Banco de Londres y América del Sud c/Barcesat, Eduardo S.s/sumario”; en el cual el decisorio fue en favor del banco actor por cuanto, debido a una serie de consideraciones fácticas, se determinó que el comercio adherido había incurrido en negligencia al no constatar la diferencia del número de la cédula de identidad exhibida, respecto de aquel otro registrado en la tarjeta, a lo que se agregaba la falta de similitud en las firmas cotejadas.

En otro caso, también resuelto por la misma sala, se falló por la responsabilidad del titular de la tarjeta al haber incurrido en negligencia por no haber hecho, en tiempo y forma, la denuncia pertinente (autos “Banco de Crédito Liniers S.A. c/González, Osvaldo y otra”, de fecha 17-IX-83).

160. Prescripción

Por varios decisorios se ha resuelto que se aplica la prescripción decenal (art. 846, Cód. Com.).

CAPÍTULO XI CRÉDITO DOCUMENTADO

161. Generalidades

El exportador, como cualquier vendedor, de modo principal corre dos riesgos: antes de la entrega de la mercadería, el riesgo de la caída del mercado, cuando ya ha incurrido en los costos de fabricación (riesgo de fabricación); después de la entrega, el riesgo de falta de pago por parte del comprador (riesgo de crédito). En el caso de una venta internacional, estos dos riesgos se ven acentuados; los hechos generadores de riesgos son, aquí, más numerosos y más variados que en el comercio interno. Al riesgo comercial ordinario (insolvencia del comprador), se agregan los acontecimientos políticos (legislación aduanera, hechos revolucionarios, etc.), naturaleza (inundaciones), monetarios (devaluación de la moneda, imposibilidad de transferir los fondos); todas éstas, circunstancias susceptibles de impedir que el exportador se haga de su crédito.

Este último, por tanto, debe prevenirse contra los riesgos recurriendo a técnicas jurídico-financieras que sean efectivas para garantizarle el pago puntual.

No obstante lo anterior, las garantías exigidas por el vendedor no deben comprometer la seguridad del comprador; éste no tiene interés en pagar sino en la medida en que el vendedor cumpla con la operación pactada. Las técnicas de garantía y de pago deben también tener en cuenta los intereses del comprador.

El crédito documentado permite satisfacer tanto los intereses del exportador, como 105 del importador.

En estas operaciones encontramos diversos documentos que hacen a su realización, tales como la factura comercial, el conocimiento marítimo, la póliza de seguros, los documentos aduaneros, los documentos de control realizados por terceros (pesaje oficial, factura consular, certificados de inspección o de origen, etcétera).

La mayoría de las veces estos documentos son entregados por el vendedor, al comprador, por intermedio de un banco, pudiendo dar lugar a tres clases de operaciones bancarias: (1) el cobro documentado, a través de una letra de cambio (documentada) librada por el vendedor y remitida a su banco acompañada de diversos documentos, con el mandato a éste de entregar los documentos al comprador contra pago de la letra de cambio o su aceptación; (2) el descuento de una letra de cambio documentada: el banco descontante debe hacer entrega de los documentos al comprador contra el pago, por éste, de la letra de cambio o de su aceptación. Pero estas dos operaciones no ofrecen toda la seguridad requerida por el vendedor; lo que lo lleva a utilizar una tercera técnica (3) que es la del crédito documentado.

El interés del crédito documentado es doble: para el exportador, le confiere una garantía de pago más o menos fuerte, según que el crédito sea irrevocable o no (como se verá más adelante); una vez que el banco hubiera aceptado, el vendedor está protegido contra la

insolvencia del comprador. Para el importador, al conferirse la certeza de no ser debitado por el banco sino en la hipótesis de que el vendedor hubiere presentado, en el plazo estipulado, los documentos exigidos.

162. Variantes

En estas operaciones encontramos diversos documentos que hacen a su realización, tales como la factura comercial, el conocimiento marítimo, la póliza de seguros, los documentos aduaneros, los documentos de control realizados por terceros (pesaje oficial, factura consular, certificados de inspección o de origen, etcétera).

La mayoría de las veces estos documentos son entregados por el vendedor, al comprador, por intermedio de un banco, pudiendo dar lugar a tres clases de operaciones bancarias: (1) el cobro documentado, a través de una letra de cambio (documentada) librada por el vendedor y remitida a su banco acompañada de diversos documentos, con el mandato a éste de entregar los documentos al comprador contra pago de la letra de cambio o su aceptación; (2) el descuento de una letra de cambio documentada: el banco descontante debe hacer entrega de los documentos al comprador contra el pago, por éste, de la letra de cambio o de su aceptación. Pero estas dos operaciones no ofrecen toda la seguridad requerida por el vendedor; lo que lo lleva a utilizar una tercera técnica (3) que es la del crédito documentado.

El interés del crédito documentado es doble: para el exportador, le confiere una garantía de pago más o menos fuerte, según que el crédito sea irrevocable o no (como se verá más adelante); una vez que el banco hubiera aceptado, el vendedor está protegido contra la insolvencia del comprador. Para el importador, al conferirse la certeza de no ser debitado por el banco sino en la hipótesis de que el vendedor hubiere presentado, en el plazo estipulado, los documentos exigidos.

163. Naturaleza jurídica

Puede decirse que no estamos en presencia de un solo contrato, con pluralidad de partes, sino de distintos contratos ligados entre sí por una misma finalidad económica.

GARRIGUES dice que hay un triángulo cuyos tres lados son el vendedor, el comprador y el banco; agregando que la mayoría de las teorías pretenden explicar la naturaleza jurídica considerando, tan sólo, uno de los lados de la figura.

El negocio básico es, generalmente, una compraventa, pero el problema surge en la ejecución, desde el punto de vista del pago del precio, en razón de que el vendedor desea que este pago se realice por un banco local y no, por un comprador lejano.

Es esencial tener presente que el banco es un tercero que interviene en una compraventa en la que no ha sido parte para asumir una deuda ajena, pero sin por ello liberar al deudor primitivo. Esta intervención del banco se fundamenta en una relación preexistente entre él y el comprador, por cuya virtud el banco cumple órdenes de pago de éste.

Si se trata de una apertura de crédito usual (llamada propia), el favorecido es el propio cliente al cual el banco hizo la apertura: se trata, entonces, de una causa credendi. Pero en esta otra apertura de crédito (llamada impropia), el crédito se abre a favor de un tercero a quien el banco ha de pagar o, en su caso, aceptar la letra de cambio presentada. Aquí

aparece una causa solvendi que no engendra obligación por parte de quien recibe (accipiens). La causa solvendi no falta nunca; pero puede faltar la causa credendi si la relación no descansa en una apertura de crédito.

El banco interviniente realiza una doble función: por una parte función ejecutiva por cuanto se compromete a pagar el precio de la mercadería vendida y a retirar los documentos que la representan; mientras que, por la otra, realiza una función de garantía: el banco no se limita a ser sólo instrumento de pago sino que se constituye, a nombre propio, en deudor del precio frente al vendedor. En otras palabras, además de la función solutoria, hay otra garantizadora.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe aclarar que el banco se ha protegido legalmente quedando fuera de las responsabilidades de la compraventa, como lo dice el artículo 1º de las Reglas de Lisboa:

Un crédito documentado constituye por su naturaleza una operación independiente de la compraventa en que puede estar basado y a la que los bancos permanecen ajenos.

Aunque son múltiples las teorías que han intentado una respuesta jurídica a este interrogante del crédito documentado el instituto que mejor explica la operación es el de la delegación acumulativa o imperfecta (GARRIGUES).

En nuestro caso existe un deudor del precio derivado de la compraventa, quien delega su deuda en un banco. Este banco se obliga en nombre propio frente al vendedor, a pagar mediante la carta de crédito que le dirige. Pero esta obligación que contrae el banco no implica sustitución de la obligación primitiva del comprador: no hay una novación extintiva por cambio de deuda, sino una superposición de la deuda del banco, a la previa deuda del comprador.

El resultado es que el vendedor se encontrará frente a dos deudores del precio: la deuda del banco (carta de crédito) y la deuda del comprador (compraventa).

El banco abre el crédito opening bank recibiendo las instrucciones del comprador (ordenante del crédito) el que comunica al vendedor (beneficiario del crédito) que tiene a su disposición en su casa o en los establecimientos de otros bancos una determinada suma de dinero, que puede ser utilizada contra la presentación de determinados documentos, asumiendo o no la obligación propia del pago o la aceptación de las letras de cambio o por él emitidas, según que el crédito sea revocable o irrevocable.

El banco notifica o avisa el crédito notifyng bank el cual, por encargo del banco que ha abierto el crédito o ha emitido la letra de cambio, informa al beneficiario del crédito que ha sido abierto a su favor, así como de las condiciones de la apertura.

El banco confirma el crédito confirming bank el cual por encargo del banco ordenante comunica al beneficiario que tiene a su disposición una determinada suma de dinero y se obliga respecto del mismo a pagar dicha suma o a aceptar la letra de cambio que hubiera emitido, contra presentación de determinados documentos.

El banco negocia el crédito negotiating bank, el cual por encargo del banco que ha abierto el crédito o emitido la letra de cambio pasa a adquirir este documento.

El banco paga el crédito paying bank el cual retira los documentos o la letra de cambio documentada, por encargo del banco emisor y con el pago del crédito cierra la relación con el beneficiario.

MOLLE agrega que para toda esta operatoria existe la fijación de un término transcurrido el cual sin que el beneficiario se hubiere presentado para el pago o la negociación de la letra de cambio, la declaración del banco o eventual obligación pierden toda eficacia.

164. Clases de créditos documentados

Los créditos documentados pueden ser revocables o irrevocables y estos últimos, confirmados o no confirmados.

Dicen GUTTERIDGE et al que la clasificación anterior mencionada en primer término es la más importante y la única expresamente reconocida por las Uniform Customs.

Es revocable el crédito cuando puede ser modificado o revocado en cualquier momento. El banco queda sujeto al poder dispositivo del ordenante por lo cual la comunicación del crédito al beneficiario tiene la función limitada de mera información. La revocación es facultad del banco -no del cliente-: aquél puede efectuarla hasta no haber pagado o negociado o aceptado las letras de cambio emitidas en razón del crédito.

El crédito revocable puede ser sin plazo; pero para no dejar a las partes en desamparo jurídico será considerado vencido después de seis meses de la fecha del aviso enviado por el banco en el cual se debe operar.

Si bien menos oneroso que el crédito irrevocable, en cierta medida puede decirse que ha caído en desuso, limitado en la práctica a las operaciones entre filiales de una misma empresa, en el exterior.

El crédito es irrevocable cuando hay un compromiso inderogable por parte del banco hacia el beneficiario; en otras palabras, que el banco está obligado a dar debida ejecución a las cláusulas de pago, de aceptación o de negociación.

Esta forma de crédito proporciona la máxima seguridad al beneficiario por cuanto conjuntamente con las obligaciones del comprador de la mercadería se ubican, sin excluirla, aquellas otras del banco el cual durante el término de validez del crédito, queda comprometido respecto del mismo o de sus eventuales cesionarios.

La obligación del banco tiene un carácter autónomo con respecto a la relación que le ha dado origen y las vicisitudes de ésta no influyen en la obligación del banco el cual, por tanto, no puede tomar en cuenta una voluntad diferente del ordenante que quisiera revocar -o tan sólo modificar- el crédito abierto, si no hay un acuerdo entre todas las partes interesadas.

Está en juego, en el campo internacional, la utilidad de esas operaciones que tratan de poner a buen reparo a cada una de las partes respecto de los incumplimientos posibles de las otras partes. De ahí la preeminencia del crédito irrevocable.

Como lo señalan las Reglas el crédito irrevocable debe ser claramente indicado; pero como surge de los principios generales, la nueva obligación del banco puede ser inferida del complejo de circunstancias que acompañan su declaración al beneficiario.

La declaración del banco, como declaración recepticia, compromete al propio banco desde el momento en que llega al beneficiario del crédito. No requiere una forma particular; pero debe advertirse que si en la orden de abrir el crédito faltare la indicación del plazo de validez del crédito mismo, el banco no asume ninguna obligación respecto del beneficiario, no pudiendo quedar comprometido sino por un tiempo determinado.

165. Crédito confirmado

El banco, cuando abre un crédito irrevocable a favor de un beneficiario del exterior o sobre una plaza en donde no opere una casa propia, puede encargar a otro banco corresponsal que opere en su país o en un centro de primer nivel, para que notifique al beneficiario la

apertura del crédito, obligándose consiguientemente al desembolso de la suma de dinero convenida contra el retiro de determinados documentos. Se dice, de esta manera, que el crédito ha sido “confirmado”.

Con esta confirmación el beneficiario se ubica en mejores condiciones para poder cobrar más rápida o seguramente el precio debido.

La declaración de confirmación no se diferencia, en su contenido, de la declaración de irrevocabilidad: valiendo en consecuencia las mismas reglas operativas que se han mencionado al referirnos al crédito irrevocable.

166. Crédito no confirmado

Un banco intermediario puede ser encargado simplemente de “avisar” el crédito, es decir de llevar a conocimiento del beneficiario que se ha abierto un crédito a su favor en determinado banco y bajo ciertas condiciones: se trata, entonces, del crédito irrevocable no confirmado. El banco que avisa no asume, por ende, obligación alguna hacia el beneficiario.

El crédito es pagadero en el banco que ha abierto el crédito. El banco que avisa carece de facultades respecto de la verificación de los documentos; pero su posición operativa habrá de depender si solamente, está encargado de avisar o, diversamente, si se encontrare encargado de pagar la suma acreditada en cuyo caso el término válido para la utilización del crédito es aquel de la presentación de los documentos al banco que avisa.

167. Crédito back to back

Se trata de una modalidad que ocurre cuando el exportador (beneficiario) y el fabricante o proveedor no son la misma persona. El beneficiario utiliza el crédito original en su favor como una garantía para un crédito en favor de su proveedor, no necesariamente del banco intermediario notificador sino del propio banco del beneficiario. El crédito original es transmitido por el beneficiario al banco emisor del crédito back to back. En consecuencia, la operación comprende tres bancos: el banco emisor del crédito original, el banco intermediario por cuyo medio el crédito es notificado al beneficiario y al que debería ser entregados los documentos y el banco emisor del segundo crédito que opera como garantía del primero. GUTTERIDGE et al dicen que estos créditos no se encuentran exentos de riesgo: por ejemplo, si el primer beneficiario se insolventa antes que el total del contrato se hubiere cumplido, el banco emisor del crédito back to back puede hallarse responsable respecto del beneficiario del segundo crédito y, por ende, imposibilitado de dar cumplimiento a la transacción.

168. Crédito con pago diferido

Se trata de una modalidad crediticia relativamente reciente, al parecer introducida por el Japón. Adopta la forma normal de pago contra documentos pero con la excepción de que el banco pagador no es requerido sino hasta un cierto tiempo después.

169. Crédito por cable

Es así llamado cuando se comunica por cable; hoy la vía utilizada es el télex. Debe establecerse si es considerado como instrumento operativo o es necesario que sea seguido por confirmación. Sobre este particular trata el artículo 4º (c) de la Reglas.

170. Crédito revolving

Ocurre en el supuesto de pagos periódicos. Si el beneficiario diera cumplimiento al embarque puede girar contra el banco emisor en cada nuevo plazo, hasta que se pague la totalidad del crédito. Puede ser revocable o irrevocable. Los créditos no son acumulativos de modo tal que si no se cumple con un envío, la suma no utilizada para el pago de uno de los embarques no realizado, no puede ser utilizada para un embarque posterior.

171. Crédito standby

Los autores que hemos citado en esta materia sostienen que se trata de una novedad más o menos reciente que ocurre cuando un contrato de provisión y, especialmente, de bienes de capital debe ser acompañado por un bono o garantía conocida con el nombre de standby, al cual hacen referencia las Reglas, en su edición de 1983, pero sin definirlo. Las consecuencias de ese bono o garantía están en función de sus términos, incluyendo una garantía undertaking de pago. GUTTERIDGE et al lo estiman como un requisito poco razonable, pero su justificación residiría en la circunstancia de que, sin ese aditamento de garantía, el contrato no se hubiera podido concretar. La jurisprudencia inglesa que se cita ("Intraco Ltd. c/Notis Shipping Corporation, del año 1981) lo ha justificado en razón de la práctica mercantil.

172. Modo de realización del crédito

Hay diversos modos: por pago, por aceptación, por negociación, por anticipación.

El primero es el más simple y el de mayor utilización, según la doctrina, en Europa continental, implicativo del pago de las sumas acreditadas previo control y retiro de los documentos previstos en la carta de acreditación o en la carta del crédito.

El segundo significa la aceptación, por el banco, de las letras de cambio emitidas, a determinado plazo en favor del beneficiario. El banco al estampar su firma como aceptante, se obliga cartularmente respecto del beneficiario, el cual podrá descontar los documentos en otro banco.

El tercero se exhibe bajo tres modalidades: (1) que el propio banco se compromete a negociar las letras de cambio emitidas sobre el mismo (2) o sobre el banco ordenante, o (3) sobre el corresponsal de dicho banco, en el exterior.

Cuando el crédito sea irrevocable, la negociación opera sin recurso contra el librador; cláusula, ésta, admitida por el ordenamiento cambiario anglosajón without recourse en virtud de la cual el librador excluye su propia responsabilidad. En el crédito documentado la cláusula tiene como finalidad impedir que en el caso de que la negociación sea mediante

una letra de cambio documentada, el librador venga a encontrarse en posición desfavorable respecto del banco negociador dado que éste, si la letra de cambio no fuese retirada por el girado podría accionar contra él por vía de regreso.

El cuarto y último significa que el banco que ha confirmado o avisado el crédito está autorizado a hacer anticipos al beneficiario antes del retiro de los documentos.

Se distinguen dos modalidades: la llamada “cláusula roja” (por la tinta con que se la escribe), por la cual el anticipo no es acompañado por garantía alguna; típica del comercio inglés de compra de lana en Australia y de pieles en China. El importador inglés, interesado en contar con el producto, estaba de acuerdo en anticipar la financiación al productor australiano o chino y tener, así, la seguridad de lo que resultare de la zafra o cosecha consiguientes. La moderna doctrina (GUTTERIDGE et al) considera que la cláusula ha venido a menos en las últimas épocas.

La otra modalidad, conocida como “cláusula verde” (escrita con esta tinta, por oposición a la anterior) es considerada como “segura” teniendo en cuenta que el anticipo es contra documentos provisorios de embarque de la mercadería. Esta cláusula ha sido típica del comercio de exportación de carnes al Reino Unido.

173. Documentos emitidos por el banco

La materia de los documentos en el crédito documentado ha sido discutida vivamente por la doctrina y jurisprudencia universales.

Hoy, en cierta medida por el progreso tecnológico, todo lo “cartular” ha perdido importancia comparativamente con épocas anteriores, pero aun así constituye un tema de difícil interpretación y sobre el cual aportaremos algunos conceptos básicos, siguiendo en cierto modo a la jurisprudencia anglosajona en algunos de sus aspectos teniendo en cuenta la primacía de los países de esa área en el comercio internacional.

Conviene tener presente lo que dispone el artículo 8º de las Reglas: (a) En las operaciones de crédito documentado todas las partes involucradas operan con documentos y no con mercaderías. Posteriormente, este concepto fue ampliado en la Revisión de 1983 de ese texto legal, incorporando “servicios y/u otras tareas”.

La cuestión tiene un doble aspecto: primero, el banco tiene el deber de rechazar los documentos que no se encuentren conforme con los términos del crédito (art. 15 de ese texto legal). Segundo, la contraparte o sea el beneficiario del crédito debe obrar conforme a los términos de su contrato con el banco. Caso contrario, el banco no habrá de hacer efectivo el pago de lo convenido. La jurisprudencia así lo ha señalado de manera expresa en varios casos: “No hay lugar para aquellos documentos análogos o que no se correspondan exactamente con los pactados” (“Equitable Trust Co. of New York c/ Dawson Partner Ltd., 1927).

Aclarando el concepto se ha dicho en Otro caso que los documentos son tratados por bancos, por lo cual deben ser aceptados o rechazados con celeridad y sin requerir una investigación prolongada... es esencial que se conformen a los documentos marítimos corrientes y a lo que razonablemente pasa en el comercio. Se ha sostenido, por otra parte, que el comprador no está comprando un litigio. “Los documentos deben estar acordes con un buen orden mercantil; de tal manera que el banco pueda resarcirse del riesgo tomado, en caso de incumplimiento por las partes” (in re “General Trading Co. Ltd. and van Stolk's Commissiehandel”).

El concepto de coherencia en los documentos (art. 7° de la Revisión de 1974) fue interpretado por la Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional como que los documentos deben tener relación entre sí, es decir, no evidenciar contradicciones. Luego de evaluar diversos decisorios judiciales GUTIERIDGE et al dicen que es imposible estandarizar la naturaleza y extensión del deber del banco en su relación con los documentos entregados con el crédito, por cuanto cada caso debe ser decidido sobre la base de sus propios méritos, a la luz de los términos del crédito y de las circunstancias que lo rodean.

La carta de acreditación es el documento que el banco envía al beneficiario para comunicarle la apertura de crédito, revocable o irrevocable. Se redacta según un formulario estándar de la Cámara de Comercio Internacional, con el nombre y carácter de las partes interesadas, los datos relativos a la naturaleza del crédito, el modo de realización de éste, la mención de los documentos que deberá presentar el beneficiario y las otras condiciones requeridas por el ordenante. Es usual que cada operación tenga un número que la individualice. Esta carta de acreditación no debe ser confundida con la carta de crédito que establece la obligación del banco, respecto de un crédito documentado.

La carta de confirmación es el documento por el cual el banco corresponsal, encargado de comunicar al beneficiario la apertura de crédito declara su obligación en las mismas condiciones.

La carta de aviso es aquella enviada por el banco encargado de notificar el crédito al beneficiario, sin responsabilidad.

La carta de crédito puede ser definida como un documento suscrito por el banco según el cual -por cuenta de su cliente, el comprador- se obliga de manera irrevocable a aceptar o pagar las letras de cambio que fueran emitidas según los términos del propio documento. Contiene la autorización del banco, al beneficiario, de emitir letras de cambio contra el emisor y la promesa de pagar las propias letras, teniendo en cuenta que el banco interpone su crédito, del cual emana la confianza en la operación.

Este documento es entregado directamente por el banco, o por medio de un segundo banco, al beneficiario o bien, consignada por el banco, el cual la hace llegar a aquél. El banco intermediario, si no se ha comprometido a confirmar el crédito, no asume obligación alguna aun cuando se hubiera ofrecido a negociar la letra de cambio. En este último supuesto procede a descontar las letras de cambio por su propia cuenta con derecho a cobrar su comisión y de accionar vía de regreso contra este último, si la operación no tuviere buen fin.

La carta de crédito es directa, straight credit, cuando la letra de cambio fuera negociada en un determinado banco. Es circular, circular letter of credit, cuando el banco invita a otros bancos de un determinado país a negociar la letra de cambio documentada que será emitida a su cuenta por el beneficiario, obligándose a cumplir con su documento, a su presentación. No es un título de crédito sino un simple documento de legitimación transferible mediante cesión.

174. El conocimiento marítimo (Jurisprudencia anglosajona)

Es un documento probatorio del contrato de transporte y, asimismo, un título de crédito representativo de la mercadería.

De la edición de los Contratti bancari de MOLLE (1966) en la cual se lee en página 460:

“que no conlleva particulares problemas al banco, el que solamente debe verificar la validez formal del documento y la correspondencia de su contenido con las condiciones del crédito”, pasamos a la obra de GUTTERIDGE y MEGRAH (1984), en la cual se puede apreciar la evolución acaecida en esos casi veinte años... diciendo: “Los conocimientos marítimos son de dos clases: el tradicional conocimiento marítimo y el conocimiento referido al transporte combinado, este último que deriva de los cambios ocurridos en el transporte de contenedores de mercaderías en el comercio exterior, conocido como transporte combinado o multimodal.

El nuevo conocimiento marítimo del transporte combinado no posee las mismas características que el conocimiento tradicional”.

La Cámara de Comercio Internacional, para superar estas dificultades, ha sancionado lo que se conoce como Uniform Rules for a Combined Transport Document, permitiendo así compatibilizar a ese contrato con los requerimientos del moderno comercio y su financiación.

Los documentos más utilizados en la actualidad son los dos antes mencionados y la llamada “letra por vía marítima”, sea waybill, referida a la entrega a determinado consignatario o a su agente o corresponsal.

Debe agregarse que en defecto de declaración expresa en contra o por los usos y costumbres, el conocimiento debe ser “embarcado”, shipped, es decir que expresiones en el documento tales como “recibido para embarque” o conocimiento para transporte no son aceptables desde el ángulo legal.

La cuestión ha sido normada por las Reglas (1974) en su artículo 20, y GUTTERIDGE et al citan un caso tratado, al respecto, en los años 70 por tribunales de Francia, en el que se falló en contra de un banco estadounidense que había emitido dos créditos irrevocables, a través de su banco corresponsal, en favor de beneficiarios franceses. El primer crédito fue pagado, no así el segundo, por entenderse que la norma legal no se había cumplido en razón de que el conocimiento no registraba estrictamente la expresión on board; a pesar de ello, había sido refrendado por el capitán. El banco emisor consultó a su cliente, quien se pronunció por la negativa de pago; lo que fue considerado por el tribunal como una violación del artículo 8º de las Reglas estableciendo que es el banco, luego del análisis del documento, el que debe resolver si paga o no.

El conocimiento debe amparar todo el tránsito del viaje; así se resolvió en diversos decisorios de tribunales ingleses, fijándose el concepto de una “cobertura documental continua”.

Además, los documentos deben referirse a un embarco dentro de una fecha o período determinados.

Un aspecto importante en esta intrincada materia es aquel referido a que los conocimientos deben exhibirse “limpios”. Lo que la práctica llama “cláusulas marginales” de un conocimiento puede presentar dificultades; se considera en general que un banco se halla menos especializado que un armador para determinar, en principio, los efectos de una cláusula estampada en el conocimiento. Este criterio se encuentra expresamente preceptuado por las Reglas, en su artículo 14: “Un documento de embarco limpio es aquel que no exhibe cláusula o registro sobreimpreso alguno que declare una condición defectuosa de las mercaderías o del embalaje”.

Las condiciones en que fueron emitidos los documentos deben ser cuidadosamente ponderadas: así se resolvió en contra de los demandados al decidir un caso de embarque de cebollas, durante la Primera Guerra Mundial (1919), cuando se había cuestionado que un

lote de bolsas estaban en mal estado de costura. Esto con relación a una cláusula que rezaba “Bills of lading, marine and war risk insurance certificate and invoice”, acompañada con un endoso que expresaba el defecto del embalaje. Finalmente, se entendió que el diferendo debía juzgarse a la luz de las particulares condiciones bélicas en las cuales se había concertado la operación que, obviamente, no eran las mismas si el negocio hubiera discurrido en tiempos de paz.

Sin embargo, los conocimientos que pueden ser considerados no sucios en los términos del artículo 18 de las Reglas, pueden o no ser aceptables. La jurisprudencia inglesa se ha mostrado, diríamos, muy singular, al resolver los diferendos planteados; por ejemplo, en un caso de un cargamento de azúcar desde la India, en el cual se había pactado el pago en efectivo contra documentos, sobre la base de un paquete completo de conocimientos limpios “a bordo”. Dos conocimientos decían que las mercaderías se encontraban en buenas condiciones, pero un tercero -en razón de que había ocurrido un incendio en el buque, dañándose parte de la mercadería, que fuera descargada- tenía una cláusula estampada a máquina diciendo: “El cargamento correspondiente a este conocimiento fue descargado... en razón de haber sido dañado por el fuego y agua para extinguir el incendio, declarándose avería general”. Los compradores rechazaron este conocimiento, alegando no ser limpio; pero el tribunal falló en su contra, sosteniendo que a pesar de la avería general no había razón alguna para no pagar los documentos.

Otra cuestión debatida ha sido la referida a las mercaderías sin embalaje, alegándose por tal circunstancia que el conocimiento no era limpio. Los autores que seguimos en la materia sostienen que no hay razón para impugnar el conocimiento, dado que no hay una expresa relación con el texto del artículo 18 de las Reglas.

Los casos prácticos ocurridos en la cuestión han sido variados, pudiéndose citar uno relativo a defectos en el embalaje de carne (por humedad y sangre), determinando que el juzgador considerase que esa cláusula específica afectaba seriamente la operación, en cuanto a su precio y aceptación de la mercadería. Se menciona, asimismo, la necesidad de que el banco actúe con la máxima prudencia posible, en otro caso fallado por la Corte de Casación de Francia (1967), en razón de tenerse por viciado un conocimiento que pretendía mediante una cláusula inserta eximir al responsable del cargamento de las diferencias de peso en una partida de madera, con el consiguiente perjuicio para el comprador.

Esta puede ser la conclusión a la que se llega en el sentido de que ese tipo de cláusulas sobreimpresas en el conocimiento no pueden lesionar los intereses de la parte compradora. En lo referente a cláusulas impresas en el conocimiento o estampadas en él con posterioridad, la jurisprudencia se ha evidenciado como casuista. Lo anterior tiene atinencia con aquellos conocimientos que podrían considerarse usuales en ese particular comercio; GUTTERIDGE et al dicen que es impropio generalizar en la cuestión. Si un conocimiento “usual” no es aceptable para el comprador, puede insistir en el conocimiento que considere adecuado; pero puede afirmarse, en general, que un conocimiento que no lleve estampadas cláusulas sobreimpresas puede ser considerado válido, dado que no es función del banco escudriñar en ese tipo de cláusulas.

Si entre las cláusulas impresas en el conocimiento se encontrare alguna que coloque al comprador en situación de dificultades para su comercio, puede impugnarla por tener al conocimiento como no usual, máxime si dicha cláusula no es registrada por otras compañías de navegación que operen en la misma ruta o en el mismo comercio.

En materia de transbordo, la jurisprudencia se ha orientado hacia su permisividad, aun cuando hubiera sido prohibido en la emisión del crédito: así lo establece de manera expresa

el artículo 21 de las Reglas. El transbordo comprendido es el efectuado entre buques, no así cuando se produce entre el buque y un lighter o barge; cuestión ésta que ha sido contemplada en la Revisión 1983 de las Reglas permitiendo a los bancos la aceptación de documentos cuando las mercaderías se encuentren en containers trailers LASH o similares y fueran transportadas desde su origen de carga hasta el destino final en los mismos containers (art. 29).

La descripción de las mercaderías en la factura debe corresponder con la descripción en el crédito. En todos los demás documentos las mercaderías pueden ser descritas en términos generales que no fueren contradictorios con la descripción de las mercaderías en el crédito (art. 32 de las Reglas).

Es citado como caso controvertido (y muy criticado en los EE.UU. de América) aquel según el cual había una diferencia terminológica entre el crédito y el conocimiento: el primero se refería a “maníes Coromandel”, mientras que la leyenda del segundo rezaba “pepitas de maní descascaradas”; mercaderías que eran, casi de público conocimiento, consideradas iguales. No obstante ello, el fallo del tribunal sentenció en sentido diverso, al alegar que un banco no puede tener conocimiento de las costumbres y su terminología en cada una de las miles de operaciones que se producen y respecto de las cuales se emiten los créditos.

Con independencia de lo anterior, la jurisprudencia se evidenció como variada, teniéndose presente que las indicaciones del embarco eran muy importantes. Los autores especializados en la materia, citando fallos de su país, consideran que las últimas decisiones del tribunal han clarificado la cuestión planteada entre la descripción hecha en el conocimiento y la que surge del crédito documentado.

La fijación de una fecha de vencimiento de los documentos a presentar está dispuesta por las Reglas en sus artículos 37 y 41. El primero de ellos establece que todos los créditos deben estipular una fecha de vencimiento para la presentación de los documentos a los efectos del pago, aceptación o negociación, independientemente que se fije una fecha posterior para el embarco. El segundo de los artículos mencionados amplía el concepto preceptuando que si no se hubiera fijado esa fecha en el crédito, los bancos rehusarán recibir los documentos presentados con posterioridad a los veintiún días luego de la fecha de emisión de los conocimientos u otro documento de embarco.

Un caso resuelto en jurisdicción de los EE.UU. de América (1944) fijó la esencia de un contrato C.I.F. en el sentido de que el transportista habrá de procurar un contrato de flete, no siendo importante que aquél pague el flete por anticipado, aunque ésta sea la práctica más difundida. El caso contempló una venta C.I.F. de algodón por un exportador brasileño a un comprador belga, pagadero contra crédito irrevocable. Al presentar los documentos a un banco americano éste se negó a pagar sobre la base de (a) que la operación no comprendía un paquete completo de conocimientos, y (b) que el flete no había sido pagado con anterioridad; objeciones -ambas- que fueron desestimadas en la sentencia.

Otras situaciones particulares en materia de conocimiento están dadas (i) por los embarcos parciales, previstos en el artículo 35 de las Reglas, salvo que el crédito tuviere una cláusula expresa en sentido contrario; (ii) por los embarcos por cuotas, a los cuales se refiere el artículo 36 de ese texto legal: si el embarco no fuere realizado en el periódico estipulado, el crédito cesa para ese período y los subsiguientes, salvo que se hubiera especificado en el crédito, en sentido diferente; (iii) por la cantidad de la mercadería embarcada, a lo que se refiere el artículo 34 de las Reglas, especificando (a) que las expresiones “alrededor” (about), “aproximado” (circa) o similares vinculadas a la cantidad o unidad de precio de las

mercaderías toleran una diferencia del 10%, en más o en menos; (b) que es admisible una tolerancia del 3% en más o en menos respecto de la cantidad de mercaderías, no siendo aplicable cuando la especificación fuere de unidades de paquetes o ítems individuales.

175. Otros aspectos de la jurisprudencia extranjera

Después de la recensión efectuada de algunos enfoques de la jurisprudencia anglosajona, estimamos procedente formular un rápido pantallazo de la jurisprudencia en la materia de otros países en cuadrados en lo que se conoce como “derecho continental”.

Siguiendo las enseñanzas de SCHONLE podemos hacer referencia a lo que la jurisprudencia en Suiza ha considerado como principios establecidos por las Reglas: 1) El principio de “pago contra documentos” y su invocación en caso de tardía apelación a la irregularidad de los documentos; II) El principio del rigor documental y su influencia sobre las cláusulas no-documentarias; III) El principio de la relatividad de los contratos para el supuesto de un pago bajo reserva; IV) El principio de la independencia del compromiso bancario respecto de las objeciones y excepciones que surgen de las relaciones de cobertura y de valor; V) El principio de la facultad de descontar el crédito documentado con pago diferido.

El principio sub 1) ha sido precisado por el tribunal en varias oportunidades. En la relación banco emisor-banco corresponsal vale no solamente cuando el banco corresponsal asume dicho compromiso sino también cuando el mandatario se limita a notificar al beneficiario de la apertura del crédito, sin que se agregue la confirmación y sin asumir un compromiso propiamente dicho.

En cuanto al principio sub II), el banco emisor no está autorizado respecto al comprador (ordenante) y al vendedor (beneficiario) a pagar la suma acreditada a las manos de este último sino contra presentación de documentos que se encuentren en estrictas condiciones de apariencia con el crédito. Desde el momento que hubiera pagado conforme a instrucciones, el banco emisor adquiere dos créditos contra su cliente: uno, el reembolso de la suma pagada y de sus gastos; segundo, el pago de su comisión. Por su parte, el banco está obligado a entregar al comprador los documentos recibidos y, en su caso, el conocimiento a su orden debidamente endosado.

Si bien conforme al artículo 3° de las Reglas, “Los créditos son, por su naturaleza, transacciones distintas de las ventas u otros contratos que pueden constituir la base pero que no conciernen a los bancos...”, el principio de la confianza debe indicar al banco emisor y al beneficiario, con claridad y precisión, el contenido de la condición por la cual el beneficiario puede exigir el pago y bajo la cual el banco emisor puede pagar, con efecto liberatorio. En un caso fallado en 1985, el Tribunal Federal consideró que una cláusula en los siguientes términos “shipment should take place on first class steamer under fifteen years old” no constituía una condición de pago. No obstante que el buque no respondía a las condiciones establecidas (tenía mayor antigüedad que la consignada), naufragando con las cuatro mil toneladas de mercaderías que transportaba, el Tribunal condenó al banco a pagar.

Respecto del principio sub III), si el banco corresponsal no quiere rechazar pura y simplemente los documentos presentados cuando no le parezcan conformes a las condiciones del crédito, puede convenir con el beneficiario un pago “bajo reserva”. Esta reserva no afecta más que las relaciones entre el banco notificador y el beneficiario siendo

ajena a ella tanto el banco emisor como el ordenante. La reserva tiene dos significados: (i) indica que el reembolso del préstamo deviene exigible al primer requerimiento del banco notificador, si el banco emisor rechazara los documentos; (ii) enfoca la extinción de reembolsar el préstamo si el banco emisor y el ordenante consienten en la modificación de las condiciones del crédito, con el fin de hacer abstracción de la irregularidad de los documentos presentados por el beneficiario; ello comporta, implícitamente, una convención anticipatoria de compensación.

En cuanto al principio sub IV), el mandato es reputado como aceptado por el banco. Por la notificación al beneficiario, el banco emisor asume un compromiso y confiere al beneficiario un crédito en pago de la suma acreditada, condicionada por la presentación de los documentos, conforme a las condiciones del crédito.

Después de la notificación de un crédito irrevocable, el banco emisor no puede oponer al beneficiario las objeciones y excepciones derivadas de sus relaciones con el ordenante. Este compromiso asume un carácter abstracto que es independiente de la relación de provisión entre el ordenante y el banco emisor.

El compromiso bancario es igualmente independiente de las objeciones y excepciones que emanen de la relación de base (de valor) entre comprador y vendedor. El banco emisor debe pagar la suma del crédito al beneficiario, aun cuando la venta haya sido nula o invalidada o resuelta. La única excepción respecto del carácter abstracto del compromiso con el beneficiario está constituida por el abuso del derecho. Para obtener medidas provisorias que interdicen al banco emisor y al banco confirmante de honrar sus obligaciones, el ordenante debería aportar las pruebas de un abuso manifiesto por el beneficiario.

Con referencia al principio sub V), el tribunal estima que cuando se hubiere abierto un crédito con pago diferido el banco emisor puede liberarse de su obligación respecto del beneficiario, antes del vencimiento del crédito. Este tiene como finalidad acordar al ordenante un plazo para el cumplimiento de su obligación. La situación es similar cuando el beneficiario libra letras de cambio contra el banco emisor.

176. Jurisprudencia nacional

- “El otorgamiento de un crédito documentado no supone la transferencia al banco acreedor u otorgante; ello aun en el supuesto de estar los conocimientos a nombre de este último, toda vez que su máximo alcance es reconocerle la tenencia o posesión de los efectos, a los fines de cubrir su crédito” (C.S.N., “Succes S.C.A. c/Administración General de Puertos”, ED., 32-179).

- “En el crédito revocable la costumbre de todos los países es uniforme en admitir la revocación aun después de notificado el acreedor, por lo que se trata de una obligación potestativa pura en los términos del artículo 524 del Código Civil” (C. Civ. y Com. de La Plata, diciembre de 1949, “Taubenlag, Pedro c/ Rael y Cía., J.A., 1950-11-259).

- “El procedimiento del crédito documentado se concreta en convenir el comprador con un banco a que éste se obligue a pagar al vendedor el precio de la compraventa, contra la presentación de los documentos representativos de la mercadería y de su embarque, documentos que, a su vez, garantizan al banco el reintegro del pago que efectuó, procediendo que la obligación contraída la cumpla el banco por medio de una institución bancaria, que añade o no su propia responsabilidad” (CNFed., “Suc. de Horacio Ambroggio S.R.L. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires y/u otros”, 10.XI.67, en ED., 25-188).

- “Las relaciones jurídicas que vinculan a las partes son de derecho privado en lo relativo al contrato de apertura del crédito documentado y de derecho administrativo en lo que concierne al régimen de control de cambio que regía al mismo tiempo en que se concierta la operación de importación” (CNFed., 8-VII-66, “Banco Español del Río de la Plata Ltda. S.A. c/Curi, Miguel y otros, en J.A., 1967-111)

- “El trust receipt, en cuanto tiene un uso generalizado en la práctica bancaria y en tanto no existe ninguna prohibición legal que impida su otorgamiento, debe ser reconocido en su validez entre otorgante y beneficiario. Prolonga financieramente la operación de crédito documentado, pudiendo ser definido como un documento de seguridad sobre mercaderías mediante el cual el comprador, que adeuda su precio, reconoce los derechos que sobre éstas conserva el agente financiero o el banco que le adelantó su valor y éste le transfiere, a su vez, la tenencia de los efectos o de sus títulos representativos, provisionalmente, al solo efecto de que el comprador realice determinados trámites con éstos” (CNCom., Sala B, 19. VIII.74, “First National City Bank c/A. F. Calvente S.R.L”, en JA., 1974-25).

177. Contenido del contrato. Se producen diversos casos

177.1. Relaciones entre el comprador-ordenante y el banco que acredita (en una apertura de crédito irrevocable).

Empezando por el banco (i) debe abrir en sus libros un crédito siguiendo las instrucciones recibidas; (ii) debe recoger, examinar y transmitir al comprador los documentos recibidos; y (iii) debe pagar el precio o aceptar la letra de cambio o descontar la misma, librada por el vendedor. La obligación del sub (ii) está contemplada por el artículo 90 de las Reglas: “Los bancos deberán examinar cuidadosamente (with care) los documentos....”

Se admite en la práctica bancaria la exigencia de una perfecta identidad entre los documentos indicados por el ordenante del crédito y los que el banco reciba del vendedor. Este criterio está avalado por un caso líder, “Equitable Trust of New York v/Dawson and Partners”, fallado en Inglaterra, en el que se dijo por el sentenciante: No hay lugar para documentos que sean casi idénticos o que tengan el mismo valor. En otro caso, “Hanson v/ Hamel y Horley”, el mismo tribunal inglés dijo que si faltaren instrucciones del ordenante o éstas fueren insuficientes, el banquero que obró de buena fe y que dio una interpretación razonable quedará exento de culpa.

Los documentos deben ser tales que puedan ser ofrecidos a subadquirentes de la mercadería, y es esencial que deben ser conformes a los documentos marítimos habituales, de manera que sean razonablemente aptos y completos para circular en el comercio.

La doctrina señala que es primordial para el exportador analizar cuidadosamente las cláusulas del crédito documentado para que pueda tener la seguridad de poder cumplir todas sus condiciones. Un ejemplo de dichas cláusulas lo tenemos en la exigencia de que las facturas comerciales sean visadas por el representante del ordenante: si el importador no designa representante para visar las facturas comerciales y el beneficiario remite la documentación sin esa visación, el ordenante podrá rechazar los documentos por no responder exactamente a las estipulaciones del crédito.

La jurisprudencia se revela como rigurosa en cuanto a la exigencia de los tres documentos que se consideran fundamentales: el conocimiento marítimo, la factura y la póliza de seguros.

Respecto del primero ya nos hemos referido con cierta extensión. En cuanto a la factura,

debe contener la descripción de calidad y cantidad de las mercaderías vendidas y el monto de las sumas a pagar, comprensivo del costo de las mercaderías del seguro y de los gastos de transporte. En cuanto provenga del propio vendedor, tiene carácter meramente probatorio y, por tanto, se encuentra privada de toda eficacia representativa. Debe estar en exacta correspondencia con lo pactado en el contrato de compraventa; la discordancia entre las instrucciones del ordenante del crédito y la factura es suficiente para generar la duda de un cumplimiento inexacto por parte del vendedor y ello legitima al banco para el rechazo de los documentos. Debe además ser definitiva, salvo instrucciones en sentido contrario. Con referencia a la póliza de seguro, es documento probatorio del contrato que tiene por objeto el seguro de las mercaderías contra los riesgos inherentes al transporte, mediante el pago de una prima al asegurador.

Al respecto, el artículo 26 de las Reglas dice que “los documentos de seguro deben ser especificados en el crédito y emitidos y/o firmados por las compañías de seguros o sus agentes o por underwriters. Por lo general el crédito estipula la emisión de una póliza de seguro y estrictamente así debe ser; con excepción de los certificados de seguros, la emisión de un documento por otro no es válida. Así lo especifican las Reglas en el artículo antes citado: Los certificados de cobertura emitidos por corredores (o intermediarios) no serán aceptados, excepto que se encontraren expresamente autorizados en el crédito”.

Finalmente, los documentos accesorios son mencionados de manera ejemplificativa por las Reglas, cumpliendo ya una función probatoria del exacto cumplimiento del contrato o, bien, facilitando todo aquello conexo con las mercaderías que llegan. En tal sentido pueden mencionarse a los certificados de calidad, certificados de peso, de análisis, de inspección; certificado de origen (o de proveniencia); certificado sanitario; licencia de exportación o de importación; certificado de cambio (valor monetario al curso legal de la moneda sobre la plaza de destino de las mercaderías); recibo de depósitos, etcétera.

a) Obligaciones del ordenante del crédito

Comprenden (1) el pago de la comisión; (2) el retiro de los documentos; y (3) el reembolso al banco de los pagos efectuados por éste, si así fuera concertada la operación.

La práctica bancaria indica que el banco, para garantizarse, tiene derecho de retención sobre los documentos representativos de la mercadería. Así llegamos al instituto conocido como trust receipt, el que puede considerarse como un documento de seguridad sobre mercaderías mediante el cual el comprador, que adeuda su precio, reconoce los derechos que sobre éstas conserva un banco, que le adelantó su valor, y éste, a su vez, le transfiere la tenencia de dichos efectos o de sus títulos representativos provisionalmente y al solo objeto de que el comprador realice determinados trámites con éstos.

Este documento tiene su antecedente en la legislación y práctica anglosajonas, derivada de los usos y costumbre, tanto inglesas como estadounidenses. A los efectos de incrementar las ventas y sobre la base de la confianza, en determinadas circunstancias los vendedores no hacían una transferencia formal de la propiedad de la cosa vendida, sino que la parte compradora la recibía en confianza; en otras palabras originóse, una concepción dualista del derecho dominical, oponiéndose la propiedad formal (trust ownership) a la propiedad sustancial (beneficiary ownership).

La explicación que proporciona el autor mencionado, a efectos de la incorporación de este instituto a nuestro derecho, es la siguiente: el trust-receipt es un acto jurídico unilateral constituyendo una declaración o reconocimiento que hace el que lo otorga, como consecuencia de la ejecución de un contrato anterior, como es el crédito otorgado por el banco para el pago del acreditivo. Tal acto tiene plena validez y produce los efectos

pretendidos, tanto para el otorgante como para su beneficiario.

El contenido de este documento consiste en una enunciación de los documentos entregados por el banco, que son todos aquellos que el exportador (vendedor) transfirió al usar la carta de crédito; además, el reconocimiento de que ellos, como la mercadería que representan, son de propiedad del banco beneficiario, habiendo sido recibidos por el otorgante en el simple carácter de tenedor. Se expresan, también, los trámites que el declarante puede cumplir con ellos que, por lo general, están referidos a los aduaneros o a la revisión de la mercadería, todo con fijación de un plazo a los efectos de esos objetivos, y, por último, la declaración expresa de que el banco beneficiario puede reclamar la devolución de los documentos o de la mercadería si al vencimiento de aquel término el otorgante no hubiere cancelado el crédito al cual accede este instrumento. Excepcionalmente pueden agregarse otras enunciaciones derivadas de la práctica bancaria, tales como la obligación de asegurar contra todo riesgo la mercadería; la prohibición de disponer o gravar las mercaderías amparadas por el documento y la de mantenerlas separadas de los restantes bienes.

En cuanto a la naturaleza de este documento, puede considerarse como atípica; cualquier asimilación que se intentare con figuras jurídicas reguladas por la ley de fondo aparece como forzada. No es un depósito porque no existe “guarda” de la cosa por el otorgante; no hay compraventa por cuanto el banco no celebra con la contraparte un contrato de esas características. Aclarándose que en la mecánica operativa del documento señalado existe un factor de interés, que es el pago por el otorgante de una comisión calculada por el término de vigencia y el monto del crédito aplazado. Tampoco es una prenda con o sin desplazamiento dado que el otorgante no es propietario de las cosas amparadas por el documento; ni es asimilable a la locación o al comodato, contratos éstos que responden a otras notas jurídicas.

Otra explicación que se ha pretendido sostener es la de la subrogación que se produciría del vendedor original, por el banco beneficiario. LINARES BRETÓN entiende que esta figura jurídica no es idónea a esos fines, porque desvirtúa la esencia del crédito documentado: la relación jurídica de banco y exportador es autónoma, y aquél la cumple en nombre propio y sobre la base de una obligación independiente. En el crédito documentado, el banco no entra en ninguna relación obligacional que le sea ajena sino que, por su propia voluntad, ha creado una directa y personal al emitir la carta de crédito a favor del exportador.

Pasando ahora a considerar la validez del documento respecto de terceros, hay que distinguir dos situaciones: una, cuando las mercaderías representadas por los documentos entregados con motivo de un trust-receipt se encuentran aún dentro de la aduana, y la segunda, cuando esas mercaderías han salido de la jurisdicción aduanera, llevadas por el importador a sus propios depósitos. En la primera, el banco beneficiario del documento conserva sus derechos de legítimo poseedor de las mercaderías, pudiendo, en consecuencia, ejercer sus derechos en caso de que un tercero pretenda cuestionarlos. No así en la segunda, en la cual un tercero acreedor del importador, por caso puede cuestionar esos derechos.

b) Responsabilidades

Las Reglas desarrollan esta materia bajo la denominación de “Obligaciones y responsabilidades”, comprendiendo tres aspectos: (i) el examen de los documentos por el banco (ya visto); (ii) el retiro de los documentos por el ordenante del crédito; y (iii) los supuestos de irresponsabilidad del banco por ejecución de las instrucciones recibidas.

Dice GARRIGUES que las normas legales sobre responsabilidad del mandatario y del

comisionista sufren importantes derogaciones en materia de crédito documentado, como consecuencia de la invocación de las Reglas en los formularios utilizados por bancos. Son válidas las cláusulas que establecen la exoneración del banco por fuerza mayor o por actos de terceras personas, por ejemplo, del expedidor. Tampoco responde de la solvencia de los portadores o aseguradores de las mercaderías, ni de las consecuencias que pueden resultar de la interrupción de su propia actividad provocada por decisión de autoridad pública: huelgas, lock out, motines, guerras, etcétera. Son también válidas las cláusulas de no responsabilidad del banco por el examen legal de los documentos: descripción, cantidad, peso, calidad, estado, embalaje o entrega de la mercadería representada por los documentos. En cambio, según el autor citado, son de dudosa validez las normas de las Reglas excluyendo la responsabilidad del banco por la suficiencia, exactitud, autenticidad o falsificación de los documentos, o por retrasos o pérdidas que pudieran haber sufrido los despachos, cartas o documentos, o por errores en la transmisión de cables o telegramas u otros despachos transmitidos por medios mecánicos, o por la traducción o interpretación de los términos técnicos.

El concepto que generalmente se sostiene es que no se puede exigir al banco una diligencia extrema pero si la diligencia media, propia de un comerciante organizado. En síntesis, la cláusula *ne dolus praestetur*, aun cuando se encuentra incorporada a las Reglas, no puede ser válidamente reconocida.

Los tribunales deberán contemplar, caso por caso, el alcance y naturaleza de las obligaciones asumidas por el banco: por ejemplo, con referencia a la forma de los documentos, uno de los puntos centrales del examen al que debe abocarse el banquero. Así, por haberse recibido un conocimiento marítimo nominativo, cuando la instrucción aludía a un conocimiento a la orden; o bien por la necesaria correspondencia que debe existir entre la designación de las mercaderías y lo que dicen los documentos representativos de ellas.

c) La cuestión en el ámbito local

BOLLINI SHAW et al hacen alusión a diversos aspectos de los formularios que utilizan los bancos en la materia. Explican que algunos exigen la descripción de la mercadería (se están refiriendo a casos de exportación), país o países de destino, moneda de pago, plazo (si hubiera financiación). Otra variante de formularios es aquella por la cual se suscriben a los efectos de abrir una cuenta corriente especial, en descubierto, por anticipos hasta determinada suma y plazo por la cual se autorizan.

Otros formularios se plantean para garantizar el reembolso inmediato de crédito al banco acreditante, si por defecto de la documentación presentada no pagare el crédito al banco emisor.

d) Modos de hacer efectiva la responsabilidad

Se producen diversas variantes:

1) Si el ordenante del crédito retira los documentos transmitidos por el banco no podrá más tarde hacer valer la irregularidad de esos documentos para accionar contra el banco. De esta manera estaría ratificando la gestión del mandatario, conforme a la máxima *ratihabitio mandato aequiparatur*; quedando excluida toda indemnización.

2) En una segunda hipótesis al ordenante del crédito puede convenirle retirar los documentos, llegando a perfeccionar la compraventa sin por ello hacer renuncia a la acción de indemnización contra el banco. En este caso debe probarse los daños y perjuicios de acuerdo al grado de culpa en que el banco hubiere incurrido. Por ejemplo, si en el conocimiento existiere reservas en cuanto al embalaje de las mercaderías y éstas hubieran sufrido algún deterioro como consecuencia de un embalaje defectuoso o, bien, si el banco

admitiera una póliza de seguro que no cubriese todos los riesgos del transporte y, acaecido el siniestro, no hubiera indemnización por la aseguradora.

3) Acorde con una tercera situación puede ocurrir que al ordenante le conviniera dejar los documentos en manos del banco, no retirándolos y negándose, también, a reembolsar al banco del crédito concedido y de los gastos realizados. GARRIGUES sostiene la opinión, en el caso, de que no cumplidas las instrucciones que el banco hubiere recibido, éste debe soportar las consecuencias de una acción por daños y perjuicios con la consiguiente indemnización reclamada por el ordenante. Es decir que, rehusados los documentos por el comprador (ordenante), el banco tendrá que sufrir las consecuencias de su propia negligencia, en el sentido de que el valor de las mercaderías puede no alcanzar a cubrir en su totalidad sus créditos contra el ordenante, por el precio de la compraventa, las comisiones y los gastos. En estos casos, la acción de daños y perjuicios queda sometida al derecho común.

177.2. Relaciones entre el vendedor (beneficiario) y el banco acreditante. El beneficiario tiene derecho a obtener la prestación del banco cuando haya cumplido las condiciones de la carta de crédito, en cuanto al envío de los documentos y su regularidad formal. Estos requisitos constituyen el presupuesto de la prestación.

Una vez que el banco emite la carta de crédito y ésta es recibida por el beneficiario, pasa a primer plano el compromiso del banco frente al vendedor. En este sentido se trata para el banco de una obligación autónoma y abstracta, por cuanto funciona independientemente de la relación del banco con su cliente (apertura de crédito o depósito), así como de la relación del beneficiario (vendedor) con el ordenante (comprador), en el contrato de compraventa.

1º) El banco no puede revocar el crédito concedido y negarse a cumplir su compromiso frente al beneficiario, fundándose en la insolvencia sobrevenida al ordenante del crédito. Tampoco puede sostener su negativa en la inejecución de las obligaciones del ordenante, nacidas en el contrato de apertura de crédito. Por último, no puede excusarse en caso de nulidad del contrato de apertura de crédito. La razón de ello reside en la autonomía del compromiso del banquero, frente al beneficiario.

2º) El banco no puede negarse a cumplir fundándose en la disconformidad de los documentos con las condiciones de la compraventa. Ello ocurre así por cuanto la entrega de los documentos no es contraprestación del pago que debe realizar el banco.

La jurisprudencia bancaria internacional parece rigurosa en el sentido indicado, pudiéndose citar los casos “American Steel Co. v. Irving National Bank” (1920) en los EE.UU. de América seguido muy de cerca en Inglaterra por “Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank” (1922). En el primero de ellos se trató que el banco había abierto un crédito a favor de un comprador de placas de estaño; con posterioridad, la exportación de esa mercadería había sido prohibida por el gobierno; fallándose en el sentido de que el banco debía cumplir por cuanto las relaciones entre el banco y su cliente no obstan a la apertura de un crédito irrevocable. En el caso inglés se trataba de un contrato de embarque de determinada maquinaria a despacharse desde Glasgow a Calcuta; en los dos primeros despachos parciales, los documentos fueron pagados por el banco, no así en ocasión del tercer despacho, rechazado, alegándose que en el precio de la mercadería se registraba un adicional por mano de obra extra, lo que había sido objetado por la parte compradora. El juez consideró que ésta debía aceptar las facturas como correctas disponiéndose que “el contrato de venta debía ajustarse a la carta de crédito”.

¿Quid si la compraventa es declarada nula?

La doctrina dice que hay opiniones encontradas en la materia; pero por ejemplo, GARRIGUES se inclina en el sentido de que la obligación del banco quede subsistente. El principio de inoponibilidad de excepciones se refiere a la obligación originaria asumida por el banco en la apertura de la carta de crédito; pero una vez aceptada o negociada la letra de cambio rigen las normas de derecho cambiario.

Otras excepciones oponibles son las derivadas del negocio representado por la carta de crédito (error, dolo, etc.) y las que competen al banco contra el beneficiario del crédito: casos de falta de legitimación, dolo o fraude del beneficiario.

Con referencia a la cuestión de limitación de los daños (mitigation) la jurisprudencia inglesa se ha mostrado renuente a reconocerla, no obstante considerarse que se trata de una cuestión más fáctica que de derecho.

En uno de los casos fallados por el tribunal se dijo que el propósito fundamental del negocio es que el vendedor tuviere en este país un pagador responsable, para protegerlo contra toda contingencia que ocurriere y se encontrare en condiciones de reclamar los daños pretendidos.

177.3. Relaciones cuando interviene un segundo banco (crédito confirmado). Se originan tres grupos de relaciones:

1) Entre los dos bancos: son las corrientes entre un banco y su corresponsal, siendo de escasa importancia. Alguna doctrina opina que entre ambos existe un mandato verdadero.
2) Entre los dos bancos y el beneficiario: funciona el artículo 5º de las Reglas: “Cuando un banco emisor encarga a otro banco de confirmar su crédito irrevocable y este otro banco no procede en consecuencia, la confirmación implica un compromiso en firme por parte del banco que confirmó, a partir de la fecha en que dio la confirmación”.

Esto significa que la obligación nacida de la confirmación tiene las mismas características de autonomía e independencia que la obligación que contrae el banco acreditante con la emisión de la carta de crédito.

Lo normal es que habiendo dos bancos el beneficiario se dirija al banco confirmante para reclamar, por ser éste el banco de plaza local. En el caso de que haya disparidad de obligaciones entre uno y otro banco cuando el banco confirmante se limita a negociar la letra de cambio que el vendedor (beneficiario) ha girado sobre el banco acreditante, en tal supuesto la obligación de aceptación de la letra de cambio subsiste a cargo del banco acreditante.

3) Entre los dos bancos y el ordenante: estando en presencia de una superposición de mandatos, la doctrina dice que el resultado no puede ser otro que el de la representación indirecta: la obligación estaría contraída por el banco confirmante, frente al banco principal. Este primer banco no asume responsabilidad alguna frente a su mandante (ordenante) si el segundo mandatario (banco confirmante) no se ajusta estrictamente a las instrucciones que aquél (banco principal) le hubiere transmitido.

GARRIGUES dice que ésta es la doctrina general en materia de comisión, siendo también el criterio de las Reglas: “Los bancos que utilicen los servicios de otro banco no asumirán ninguna responsabilidad -a menos de culpa de su parte- en el caso que las instrucciones que hayan transmitido no sean cumplidas con exactitud, aun en el caso que dichos bancos

hubieran tomado ellos mismos la iniciativa en la elección de su corresponsal. El ordenante del crédito tendrá acción directa contra el banco corresponsal”.

178. Transmisión del crédito documentado

Conforme a las Reglas, la intransmisibilidad del crédito es lo normal y su transmisibilidad, la excepción.

La hostilidad con que las Reglas miran esta hipótesis reside en el aumento de las complicaciones y riesgos que ello implica para el banco y en el temor de los bancos de que el crédito transmisible se convierta en instrumento abusivo en manos de intermediarios o especuladores poco escrupulosos.

Jurídicamente, la transmisión del crédito abierto en favor del vendedor puede hacerse (1) aplicando las normas de los títulos de crédito o (2) mediante la cesión del crédito mismo. En este último supuesto no basta la simple notificación al deudor (banco acreditante), sino que el banco tiene que expedir una nueva carta de crédito, esta vez a favor del segundo beneficiario. Conforme a la doctrina, esta segunda carta de crédito implica la apertura de un nuevo crédito engendrando para el banco un nuevo compromiso distinto e independiente del originario.

La finalidad económica de la transmisión del crédito documentado se consigue mejor por el conocido como crédito subsidiario (back to back), ya mencionado. En ambos casos nos encontramos ante la presencia de la apertura de un nuevo crédito, pero con las diferencias siguientes: (i) que el banco es libre o no de acceder a la apertura de un crédito, subsidiario mientras que no lo es de aceptar la transmisión de un crédito, cuando éste ha sido pactado como transmisible; (ii) que así como las condiciones del crédito subsidiario pueden ser pactadas con entera libertad, las condiciones del crédito que ha sustituido al primitivo, en el caso del crédito transmisible, han de ser las mismas, salvo las relativas a la cantidad y al plazo, a fin de permitir la disparidad de precios entre la venta y la reventa, que es lo que justifica el negocio de transmisión.

La cuestión se complica cuando en un crédito irrevocable confirmado se producen situaciones anómalas que pueden llevar a la quiebra del banco confirmante.

El caso práctico se presentó en nuestro país a raíz de la quiebra de la Banque pour l'Amérique du Sud (de Bruselas) que había operado como banco corresponsal de varias entidades argentinas. La quiebra del citado banco belga movió a los bancos nacionales a arbitrar soluciones de resguardo de sus intereses teniendo en cuenta los créditos documentados confirmados emitidos, cuyo pago aún no se hubiera efectuado al beneficiario.

Siguiendo a GARIGUES, en el punto, se dice que lo que hace falta saber ahora es el alcance del compromiso, es decir, si implica una nueva deuda sobre el segundo banco (delegación pura) o si más bien implica una nueva deuda que se suma a la primera sin reemplazarla (delegación acumulativa). La doctrina se inclina por la segunda tesis que armoniza mejor con el significado de la palabra “confirmación”. El banco confirmante refuerza por ese acto la obligación asumida por el primer banco que abrió el crédito. No queda clarificado –dice ROJO- sin embargo, hasta qué punto subsiste en el crédito irrevocable confirmado la responsabilidad del banco emisor que dio cabal cumplimiento a todas las obligaciones que le imponía el contrato, frente a la falta de pago por el banco confirmante. La relación entre ambos bancos es considerada de mandato comercial por la

mayor parte de los tratadistas y esa conclusión remitiría al banco emisor toda y cualquier responsabilidad emergente de incumplimiento del banco confirmante.

Más adelante el ponente expresa que las Reglas imponen una responsabilidad adicional al banco emisor sin distinguir si la misma es directa o subsidiaria respecto del banco confirmante, ni distinguir si subsiste frente al hecho de haber dado cumplimiento a su obligación de pago.

“No debemos olvidar -agrega- que dentro del mecanismo del crédito documentado el banco emisor quedará con el confirmante obligado a proveerle en tiempo los fondos al beneficiario, si la operación es de contado, o que se le debite el importe en su cuenta corresponsal, si mantiene una línea de crédito. Cada una de esas situaciones tendría distinta solución frente al incumplimiento o quiebra del banco confirmante. Si ha suministrado los fondos, en tiempo, al banco confirmante, habrá de mantener un crédito quirografario... contra la masa (concurso) del banco aceptante fallido a reintegrarse en moneda de quiebra y deberá efectuar un nuevo desembolso, no recuperable, para desinteresar al beneficiario del crédito, en razón de la responsabilidad adicional -directa o subsidiaria- que le impone las normas bajo las cuales ha procedido a la emisión del crédito documentado.

Si por el contrario el banco emisor no dio cumplimiento a su obligación de poner a disposición del confirmante los fondos respectivos o el crédito fue abierto con afectación a una línea de crédito, deberá proceder al pago directo al beneficiario del crédito, a su vencimiento, perdiendo únicamente el plazo que para la cobertura de la línea le hubiese concedido el banco confirmante. La conclusión es irrita -continúa ROJO- ya que frente a un mismo supuesto -quiebra del confirmante- el tratamiento es diferente y favorece al emisor que no cumple sus obligaciones u opera a crédito”.

En síntesis, el criterio de la ponencia, que debería ser compartido, apunta a una mayor claridad de las Reglas (Revisión de 1974) en el punto pertinente, a fin de que la posición legal del banco emisor no se viera injustamente castigada en caso de quiebra del banco confirmante.

179. Reglas y usos uniformes

Dice MOLLE que, considerados en su estructura actual, puede decirse que los créditos documentados son de reciente origen, productos de la desconfianza (BREIT).

Se vinculan a los merchant bankers que intervinieron en el comercio internacional, posiblemente debido a la hegemonía del imperio británico, que hiciera de Londres el centro de los negocios bancarios en el mundo.

Dejando de lado las primeras “Reglas de Viena” (1933) -dictadas en ese primer período bajo la influencia estadounidense- tenemos que las mutables situaciones del comercio, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, determinaron la conveniencia de una revisión de esas Reglas. El abandono del patrón oro y la introducción del control de cambios no podían dejar de influir en la práctica de los créditos documentados.

El nuevo texto fue aprobado en la Conferencia de Lisboa realizada por la Cámara de Comercio Internacional, en el año 1951, sancionándose entonces las llamadas “Reglas de Lisboa”, adoptadas por cincuenta y un países con excepción de los bancos ingleses y de los pertenecientes al Commonwealth británico.

Las diferencias entre ambos sectores (británico y países restantes) no eran decisivas, pero debían ser superadas, lo que ocurriera en la Revisión de las Reglas de 1962 que han pasado

a ser un verdadero código de disciplina en sede internacional, respecto a estas operaciones crediticias.

En general y conforme a la jurisprudencia inglesa en el caso “The Galatia” (1979) puede decirse que las Reglas no configuran una ley, como ha sido sugerido en alguna oportunidad, pero aplicadas con sentido práctico son vinculantes para las partes.

La Revisión de 1983 de las Reglas amparó asimismo los créditos standby, lo que fuera resuelto en un caso fallado en 1978 por el tribunal inglés en contra de la parte demandada (compradora), la que se había comprometido a pagar mediante un crédito confirmado que tenía como condición la vigencia de un bono del 10% del precio pactado y que sería pagado a primer demanda, sin condición alguna.

En cuanto a los EE.UU. de América, que han adoptado las Reglas, la normativa de estos créditos debe encontrarse en el Uniform Commercial Code (art. 5°); puntualizando GUTTERIDGE et al que en ese país la asimilación de las cartas de crédito a garantías bancarias ha dado lugar a grandes discusiones, considerando que ambas son diferentes en cuanto a sus efectos legales.

180. Las reglas uniformes como condiciones generales de contratación

La cuestión a considerar es si las reglas pueden ser valoradas como *lex contractus*, cuando son sólo mencionadas por su denominación en los textos del contrato, dada la doble circunstancia de contener importantes cláusulas de falta de responsabilidad y presentar normalmente elementos de derecho extranjero (órbita del Derecho Internacional Privado). Con independencia de lo que ya se ha dicho que no configuran ley (por lo menos de acuerdo a cierta jurisprudencia extranjera), podemos agregar que son “condiciones generales de contratación”, tema que hemos tratado previamente.

La relación “predisponente-aceptante” puede implicar una serie de afirmaciones u omisiones referidas de manera principal a la calidad de las partes (por caso, parte “fuerte” y parte “débil” o, bien, cuando alguna de ellas ostenta una posición monopólica). Se presume que la conducta del comerciante (profesional) deberá juzgarse con mayor rigor en cuanto al debido conocimiento que, se supone, tiene de su actividad.

DIEUZEIDE estudia los diferentes supuestos que pueden presentarse en la materia, a saber: a) entre banco emisor y banco corresponsal: considera que la Reglas adquieren la configuración de usos normativos; b) entre el solicitante (importador) y el banco emisor (y eventualmente el banco corresponsal).

En este caso, se analizan algunas variantes:

b-1): Cuando el solicitante realiza una operación aislada o esporádica: la aceptación será eficaz en tanto y en cuanto sea coherente con la oferta. A efectos de valorar la conducta entre partes se podrán ponderar diversas circunstancias, como ser la calidad del adherente, la índole propia del conocimiento de que se trate, etcétera. La forma concreta más idónea, a fin de evitar desinterpretaciones, es fijar por escrito (impresas) las cláusulas de irresponsabilidad más gravosas para el adherente. El autor antes mencionado agrega, en el punto, que entra a jugar, para proteger al adherente, la doctrina de la excusabilidad del error.

b-2): Cuando han existido tratativas previas con relación a las mismas cláusulas. La doctrina considera que tales tratativas deberían reunir ciertas condiciones específicas, tales como haber sido duraderas, reiteradas y continuas.

b-3): Que la contraparte haya tenido razonable conocimiento: a los efectos de las cláusulas de irresponsabilidad, tal conocimiento debe ser (i) suficiente y (ii) contemporáneo a la conclusión del contrato.

1. La jurisprudencia extranjera ha tratado en fecha reciente (5 de diciembre de 1990) un importante caso, resuelto por la High Court of Justice - Queen's Bench Division (Commercial Court) en el caso “Royal Bank of Scotland c/Cassa di Risparmio delle Provincia Lombarde, Banca Popolare Veneta, Banca Nazionale del Lavoro, Credito Bergamasco, Banca Popolare di Bergamo, Istituto Bancario San Paolo di Torino (publicado en BBTC, 1991, fasc. III, sec. Jurisp., págs. 353 y sigs., con nota de PONTIROLI, L.).

2. Los hechos fueron los siguientes: Varios importadores italianos compraron partidas de peras argentinas a un trader con domicilio en Londres (CIR Ltd.). Los contratos prescribieron que el pago debía efectuarse en dólares americanos. Los seis bancos italianos -luego demandados- solicitaron que el crédito fuera confirmado por la filial del Royal Bank of Scotland (RBS) en Londres y así se hizo, aceptando y pagando los documentos entregados antes de su vencimiento.

Con posterioridad a lo anterior, los importadores italianos fueron informados que la operación era un fraude, al no existir las peras ni el buque en que debían ser transportadas. En consecuencia, dieron contraorden de pago a los bancos italianos, los cuales revocaron la autorización dada al banco americano para reembolsar a RBS. Ante la insistencia de éste, a efectos del reembolso y la situación entonces planteada, RBS demandó a los bancos italianos.

El fundamento del banco inglés radicaba en que tenía derecho a ser reembolsado en Londres, correspondiendo la jurisdicción de la Corte inglesa sobre la base de la convención de 1968. Contrariamente, los bancos italianos demandados sostuvieron que correspondía el reembolso en América, lo que significaba la negativa para la jurisdicción inglesa.

3. La sentencia fue en los siguientes términos:

3.1. Como dispone el artículo 5º, nº 1, de la “Convención sobre jurisdicción y ejecución en la sentencia en materia civil y comercial” firmada en Bruselas el 27 de diciembre de 1968, la jurisdicción en materia de obligaciones que nacen de operaciones bancarias internacionales corresponde al juez del lugar donde la obligación contractual en cuestión debe ser cumplida; entendiéndose por tal la obligación deducida en el contrato cuyo incumplimiento se lamenta y no aquella accesoria.

3.2. En las operaciones de crédito documentado que incorporan las “Normas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional”, la cláusula que prevé el reembolso del banco confirmante, inglés, por parte de los bancos emisores, italianos, para la intervención de otros bancos estadounidenses, individualiza en los EE.UU. de América el lugar de ejecución de las obligaciones de reembolso.

CAPÍTULO XII LEASING MOBILIARIO

181. Generalidades

La interacción entre Derecho y Economía, demostrativa de la necesidad de una visión interdisciplinaria de los problemas, encuentra una vez más su razón de ser en el leasing como técnica jurídica al servicio de un requerimiento económico.

Se produce de esta manera sobre la base de una modalidad que se asemeja a la locación, una necesidad económica que es, definitivamente, de crédito, y quizá -dicho con mayor precisión- de un crédito a mediano o largo plazo dado el planteo que formula el usuario interesado en ese bien objeto de la operación.

182. Definición

Podemos considerarlo como el contrato de crédito por el cual un empresario (en la generalidad de los casos) toma en locación de una entidad financiera un bien de capital, previamente adquirido por ésta a tal fin o a pedido del locatario, teniendo esta locación una duración igual al plazo de vida útil del bien y un precio que permite al locador amortizar el costo total de la adquisición del bien durante el plazo de locación, con más un interés por el capital adelantado y una ganancia. Se faculta asimismo al locatario la adquisición del bien en propiedad al término de la locación mediante el pago de un precio denominado valor residual.

183. Fundamentos

El leasing no puede ser asimilado a ninguno de los considerandos “contratos tradicionales” (dentro de la relatividad de esto último).

Para diferenciarlo de la compraventa y de la locación diremos con BARREIRA DELFINO que, respecto de la primera, existe un impedimento de la devolución de la cosa adquirida cuando, por razón de su agotamiento, hubiera dejado de ser económicamente útil. Respecto de la segunda, es sabido que la locación no permite acceder a la propiedad del bien. El leasing, en sentido diferente a esos contenidos contractuales derivados de la tradición jurídica, permite concretar ambas finalidades en un mismo contrato sin tener que recurrir a otros negocios complementarios o subsidiarios.

Según el autor mencionado -criterio que debe compartirse-, en el leasing aparece un acto jurídico de administración unido a otro acto de disposición, cuya autenticidad lo diferencia de otros supuestos simulados como pueden ser, por ejemplo, la compraventa con reserva de dominio o la locación-venta.

Como se ha dicho anteriormente, esta nueva modalidad contractual permite al empresario tener a su disposición un bien sin tener que pagar el precio de compra y, al mismo tiempo, equilibrar en cierta medida la no fácil coyuntura de la obsolescencia de dicho bien.

184. Leasing inmobiliario

La investigación técnico-jurídica separa el leasing financiero del inmobiliario, que exhibe determinadas particularidades como las surgidas, por ejemplo, de la ley francesa del 2 de julio de 1966.

LAVALLE COBO y PINTO nos dicen que “la naturaleza de los bienes inmuebles ofrecen

una problemática específica cuyas soluciones no pueden ser generalizadas. Por el contrario, solamente por analogía... se puede hablar en este caso de 'vida útil' y de 'valor residual', conceptos que... son fundamentales en el leasing mobiliario".

La mencionada ley francesa, respecto del leasing inmobiliario, dice que las operaciones son reservadas al financiero de inmuebles de "uso profesional", comprendiéndose entonces a los inmuebles de uso comercial, industrial, los utilizados por profesionales liberales o, bien, para las explotaciones agrícolas.

Además la doctrina nacional ha dicho con referencia a nuestro caso que el leasing inmobiliario tropezaría con determinados impedimentos legales, tales como el límite de diez años fijado como plazo máximo en materia de locación, cuestiones derivadas de leyes fiscales y de la promoción industrial.

185. Algunos aspectos de la operación

Aunque se hable de cierta influencia del punto de vista económico en la cuestión, el concepto de "contratos de crédito" ha sido aceptado por la doctrina bancaria.

Como dijera GALASSO "es verdad que a través de la observación de los contratos bancarios y de la actividad bancaria en general, la problemática del negocio de crédito aparece bajo una luz diversa y se revela la íntima razón que ha determinado el surgimiento del propio concepto y su transfiguración en una categoría jurídica".

Ciñéndonos a la perspectiva jurídica, ya el derecho común señala la diferencia existente entre la locación de cosas y el mutuo: la primera es consensual, mientras que el mutuo es real. El objeto de la locación es de cosas determinadas (muebles o inmuebles), mientras que el mutuo es de cosas fungibles o consumibles. La locación confiere al locatario el derecho de usar y de gozar la cosa, de consumo con la finalidad pactada; mientras que el mutuo transfiere la propiedad de la cosa al mutuario; el que debe, luego, restituir cosas de igual especie y calidad.

Hay, como dicen LAVALLE COBO et al, "una financiación" respecto del locatario de la cosa, constituyendo una "actividad financiera" de intermediación entre la oferta y demanda de recursos. Es decir que parece de todo punto de vista coherente que se reserve la operatoria a las entidades financieras institucionalizadas.

A modo de consecuencia de lo anterior puede agregarse que las compañías de leasing no especulan con la vida real útil del bien que dan en locación, sino que, precisamente, sobre la base de aquélla es que se procede a establecer la duración del contrato. Tampoco dichas compañías asumen el riesgo de obsolescencia del material.

186. Distintos enfoques

Según su concepción metodológica, la doctrina que ha estudiado el punto concibe la operatoria de diferente manera.

A título de recensión podemos mencionar la de DOSSE que alega reconocer cinco clases de leasing, a saber:

- i) Compañías de leasing financiero, adquiriendo el material a pedido del usuario y procediendo luego a su entrega a éste:
- ii) Compañías de leasing especializadas, las que proyectándose más allá del uso y goce del

equipo pasan a proveer otros aspectos tales como el mantenimiento y reparación del material que se alquila, su seguro, su cobertura contra el riesgo de obsolescencia, etcétera. Es, más bien, un “leasing operacional”.

iii) Compañías de leasing controladas cuya función es organizar la búsqueda de un mercado para que las sociedades matrices, a las que pertenecen, se encuentren en condiciones de colocar sus productos.

iv) Corredores de leasing: se trata de intermediarios en esa operatoria percibiendo una comisión por sus trabajos.

v) Bancos: su proyección moderna, manifiesta hacia diversos servicios, hace que los bancos se encuentren particularmente interesados en el negocio.

Otro autor, ROLIN simplifica el tema de funcionamiento de las compañías bajo dos formas: una, como corredor, interviniendo la sociedad de leasing con el objeto de la financiación: la segunda, como agente o locador, comprando el material a los fabricantes para luego alquilarlo al interesado. Teniendo la propiedad de los bienes a locar, ello les permite conseguir la financiación de bancos u otros establecimientos de crédito.

187. Naturaleza jurídica

Con independencia del trasfondo iusfilosófico que, por lo general, tiene esta visión de un instituto jurídico, en el leasing se evidencia una buena cuota de singularidad que permite, no obstante la plétora de institutos afines, señalarlo como un contrato con características propias, acorde con esa simbiosis entre lo económico y lo jurídico que pretende concretar. LVALLE COBO et al plantean en su obra un buen cuadro de la problemática jurídica, al poner de manifiesto la afinidad que tiene el contrato que se comenta con la locación con promesas de venta, la locación comercial, la locación de cosa ajena, la venta con reserva de dominio, el alquiler-venta y el hire-purchase.

Dentro de estas afinidades la venta con reserva de dominio es aquella por la cual el vendedor a plazo retiene el dominio de la cosa vendida hasta no ser pagado totalmente el precio de la operación: si esto no se produjera, el comprador debe devolver la cosa al vendedor.

Quizá mayores problemas interpretativos que el anterior ha originado la similitud del leasing con el alquiler-venta, contrato por el cual las sumas pagadas en concepto de alquiler son luego imputadas al precio de venta de la cosa, que pasa a poder del comprador cuando éste hubiera abonado la última cuota pactada. Pero la diferencia estriba en que mientras en el alquiler-venta hay definidamente, una venta, la opción de compra por el locatario, en el leasing, es sólo accesoria.

Posiblemente más por razones de tradición jurídica que otras se suele citar en el supuesto considerado una antigua jurisprudencia local, el caso “Compañía Singer c/Chagra”, de 1913, fallado por la entonces Cámara Comercial de la Capital. El demandado había comprado a la actora dos máquinas de coser, en cuotas, con la cláusula adjunta de adquirir esos bienes una vez pagados la totalidad de los alquileres y, además, con la opción de adquirirlos en cualquier momento si pagaba la diferencia entre el precio total y las cuotas ya abonadas.

Con posterioridad el demandado quebró; quedando latente en la opinión de los jueces cuál había sido el verdadero sentido de la operación. Creemos que debe compartirse la que expresan LVALLE COBO et al al sostener que no toda locación seguida de venta debe

clasificarse como una compraventa simulada: “Es válido el contrato de locación que contiene una promesa de venta”, agregan estos autores a modo de síntesis interpretativa. La conceptualización doctrinaria discurre, luego, por caminos un tanto sinuosos, procurando encontrar el meollo de la cuestión que permita determinar del modo más fehaciente la naturaleza del leasing. Así se dice que el leasing es un alquiler financiero, no una locación común, no habiendo contacto directo entre el fabricante o proveedor del bien y el usuario; además, no podrá concebirse en el leasing una promesa de venta por precio distinto al valor residual, ni locación por un plazo menor o mayor que el que corresponda a la amortización de la cosa.

En cuanto a la locación comercial -acto de comercio no obstante no estar expresamente conceptualizada como tal-, no cabría excluir al leasing como una locación, si bien con caracteres específicos diferenciada del renting, nueva expresión de la locación común. ¿Se trata de una locación de cosa ajena?

Pareciera que habría que definirse por la afirmativa y así lo entiende cierta parte de la doctrina nacional (VARANGOT y ROVIRA).

Siguiendo un análisis concienzudo de la materia, cabría mencionar: (i) la existencia de una promesa sinalagmática de alquiler, una vez que el fabricante entregue la cosa; variante que se adopta porque la obligación de entrega.. no puede ejecutarse en el estado jurídico inicial en que se encuentran los contratantes, en el momento de la firma del contrato de leasing (COILLOT, citado por LAVALLE COBO et al); (ii) lo relacionado con el leasing y la simulación relativa: en el contrato que estudiamos no se trasunta la voluntad de engañar, constitutiva del elemento subjetivo de la simulación; (iii) lo conexo con el negocio jurídico indirecto -tesis más afín a la esencia del leasing- que, por esta circunstancia, explicita lo que alguna doctrina valora al respecto.

En consecuencia, y como en cierto modo es lógico, todo es cuestión del respectivo derecho positivo del país; por lo que resulta adecuado el enfoque que LAVALLE COBO et al hacen de las orientaciones básicas exhibidas por el derecho comparado. En los países de derecho anglosajón se califica al leasing como una venta a plazos, con reserva de dominio; en los países latinos, como una locación especial, dependiendo las variantes de la misma según la normativa específica, en cada caso.

188. La cuestión en nuestro derecho

Como que pertenecemos, jurídicamente hablando, al denominado “derecho continental”, la doctrina nacional señala que seguimos los carriles de los países latinos en la materia. LAVALLE COBO et al dicen que la única norma legal existente -los artículos 22, inciso j) y 24, inciso k) de la ley 21.526- define al leasing como un contrato de locación cuyo desarrollo como operación financiera de intermediación en el mercado de capitales queda reservado a las instituciones financieras.

Si bien, en principio, esto es así, el concepto enunciado debería ser complementado atendiendo a que el artículo 21 de esa ley permite a los bancos comerciales realizar todas las operaciones financieras que no fueron prohibidas o limitadas; de modo tal que si bien no enunciado en forma expresa, el leasing también puede ser llevado a cabo dentro de la operatoria de esos bancos.

La mayoría de los autores nacionales se inclina por considerar al leasing como una locación sui generis, enfatizándose si se quiere, su naturaleza compleja. Lo que parece cierto, en

definitiva, es que se trata de una “locación financiera” en la que este último calificativo - muy amplio, indeterminado a veces, pero gráfico como el que más- define ese contrato acorde, pareciera obvio consignarlo, con el derecho positivo respectivo de cada país.

189. Caracteres

Sobre la base de las consideraciones precedentes podemos caracterizar al leasing de la siguiente manera:

Es un contrato consensual, oneroso, bilateral, conmutativo, no formal, de tracto sucesivo, por adhesión, atípico, intuitu personae, financiero, de administración y disposición de bienes.

190. La materia desde una perspectiva económica

Apuntando seguramente a una visión interdisciplinaria entre Derecho y Economía, en la que parece moverse el leasing con esa tanda de “matices” a los cuales es caro el espíritu francés, consideramos procedente la mención de un fallo más o menos reciente de nuestro tribunal.

El caso fue así: Entre las partes se firmó un “contrato de locación de automotores” por el cual la demandada daba a la actora el uso y goce de la unidad que recibía por el plazo de dos años, pagando esta última un alquiler mensual. Al vencimiento del contrato se pactaba un precio de \$ 111.083, neto de gastos, impuestos y comisiones, determinante del “estado” de la unidad; debiéndose entonces pagar o cobrar según que el valor del rodado fuera superior o inferior a esa suma, previa tasación de la unidad. Como el contrato se suscribió el 9 de octubre de 1975 y el día 25 del mismo mes y año el automóvil fue robado, la actora puso a disposición de la demandada las veinticuatro cuotas que regían en la operación y como pretensión requirió la entrega de otra unidad similar o bien, el pago de la diferencia entre el valor del coche al día del contrato y la suma prevista (\$ 111.083).

La pretensión de la actora que en el sentido de que el fin último del contrato era la transferencia de dominio de la unidad; pero tal posición fue rechazada por ambas resoluciones judiciales en primera y segunda instancia en las cuales, luego de analizarse el clausulaje, se llegó a la conclusión de que no estaba contractualmente prevista tal transferencia de dominio.

El fallo fue comentado por KELLY, J., “La interpretación del negocio según la realidad económica subyacente”, quien luego de considerar antecedentes en los EE.UU. de América y Francia sobre leasing, disiente con la sentencia dictada: (i) por el carácter de entidad financiera de la demandada, en condiciones de prever el futuro técnico del contrato y (ii) por cuanto a la fecha de celebración de éste (octubre de 1975) la inflación mensual se estimaba en un 10%. Calculándose una inflación de casi el 1.000% en dos años, la realidad que debía conocer la demandada la llevaría a prever que si quería evitar la transferencia del vehículo, estaría compelida a realizar un fuerte desembolso, por el precio de mercado a pagarse por la unidad. Se argumenta, asimismo, que si el significado económico de las cuotas que la actora debía pagar era equivalente a una financiación, en cuotas, el sentido último del contrato, aunque ello no surgiera expresamente de su texto, sería el de la transferencia de dominio del rodado, al término de lo pactado.

Como dijéramos al comienzo de este párrafo, la cuestión giraría en torno de la interacción Derecho-Economía, tema que adquiriera cierta relevancia en los últimos años y que tratáramos en un estudio publicado en RDCO.

Parece evidente que la actora discurre en torno de una hipótesis “de mercado”, con todo lo de incierto que tiene éste. En un país de economía tan inestable como el nuestro, durante las últimas décadas no pareciera prudente, desde la perspectiva jurídica, juzgar el serio et deliberato animo que configura la sustancia contractual, a lo que resultare de un mercado al cabo de dos años, como es el caso bajo análisis.

El fallo puntualizó debidamente el contenido y alcance de las cláusulas del contrato para poder determinar, en definitiva, si se hallaba frente a una voluntad de transferir el dominio del rodado al término de la contratación. No se encontró esa voluntad, que los hechos enmarcaron en una situación imprevista: la hipótesis económica habría de quedar precisamente en eso, una hipótesis.

191. Elementos del contrato

Entre los sujetos del contrato, con referencia al locador, puede sostenerse que con independencia a lo que expresa la Ley de Entidades Financieras al respecto, de manera específica, en nuestro régimen, opera un sistema abierto para la posibilidad de esta Operatoria por cualquier inversor.

Lo habitual y normal es que pueda ser practicado por compañías especializadas en esa actividad, dadas las características muy particulares que tiene el contrato, como se ha visto. En cuanto al locatario, el contrato ingresaría dentro del concepto de los contratos de empresa, por ende, el locatario no podría configurarse en una persona individual sino en una empresa, de cualquier naturaleza que fuere.

La posición del fabricante o proveedor del bien que es dado en leasing es, jurídicamente, singular, por tratarse de un tercero en la operatoria, contra el cual no podría accionarse en caso de litigio.

Las cosas que pueden ser objeto de leasing son las no fungibles, es decir aquellas que conservan su individualidad. En este orden tenemos que referirnos a los bienes de equipo, a los cuales se acuerda como característica principal la de su “rentabilidad”.

Se ha discutido sobre este particular para saber si el bien objeto de un leasing debe autofinanciarse, sobre la base de la regla pay as you earn (pague si gana). LAVALLE COBO et al lo critican considerándolo, simplemente, como una cuestión económica, no jurídica, “carente de virtualidad para calificar el objeto del contrato”.

En el fondo, se trata de una interpretación cuestionable en la medida que se pretenda adaptar una regla de derecho anglosajón a nuestro medio con todas las particularidades de ese sistema jurídico y, por lo demás, no podría obviarse que se trataría de una nueva faceta de la interacción jurídico-económica en esta temática, a la que nos hemos reiteradamente referido.

La expresión “locación de bienes de capital”, mencionada en nuestra Ley de Entidades Financieras como perteneciente al ámbito del leasing debería considerarse, mejor, dentro de un enfoque contable que hace a los “bienes de uso”, teniendo en cuenta los límites propios de la Ley de Entidades Financieras y su campo de acción circunscripto a determinada fundamentación técnico-jurídica que en cierta medida, no la viabiliza para ser aplicada a otros terrenos de lo jurídico.

Con relación al punto de si el leasing puede comprender, también, la contratación de derechos, patentes de invención, marcas y otros, debería compartirse la argumentación afirmativa sobre la base del término “bienes”, de conformidad con el artículo 2312 del Código Civil. Se invoca, asimismo, la normativa específica del ex-Banco Nacional de Desarrollo por las leyes 19.063 y 21.629.

La causa del contrato nos ha llevado a una particular reflexión porque más allá de su incidencia en el leasing integra una suerte de cosmovisión contractual que ha dado lugar a intensa polémica.

Los autores que hemos mencionado en esta parte de nuestra relación se alinean en una posición decididamente causalista “considerando que este elemento es sumamente importante, tanto en la calificación jurídica del acto, como en la de su ilicitud y moralidad”. Siguiendo a VIDELA ESCALADA en su obra. “La causa final de derecho civil” agregan que la finalidad típica “es el aspecto que permite asignar a la causa su gran valor en materia de calificación, donde se la reconoce como el elemento categórico por excelencia”.

Citando a la doctrina nacional, BARREIRA DELFINO y BINSTEIN, entienden que la noción de causa en el leasing debe llevar al intérprete al carácter “financiero” del contrato, que permite diagramar su naturaleza muy particular diferenciándolo, por ejemplo, de la tipicidad propia de la locación y distinguiéndolo, asimismo, de la compraventa y del mutuo oneroso.

Sin ubicarnos en una suerte de cartesianismo jurídico preferimos, respecto del problema general de la causa, una postura más equidistante, como por ejemplo la de PUIG BRUTAU, que luego de calificar a la causa como world-lumping (en el sentido de que una palabra excesivamente general pretende tener un sentido unitario a pesar de referirse a fenómenos reales diferentes), expresa que “la utilidad que el concepto de causa rinde en derecho moderno, se funda en que permite juzgar de la validez de los contratos por razón de su contenido... el concepto de causa desempeña el papel de permitir disfrazar consideraciones de política jurídica y conveniencia social con la invocación de conceptos abstractos”.

Pareciera indudable -y creemos haberlo dicho- que el leasing se ubica dentro de esa concepción más o menos moderna de los “contratos de crédito”; es decir que en cierto modo más allá de una posible locación de la cosa o de su eventual compra por el contratante, el leasing está posibilitando una determinada financiación para la parte que, teniendo interés en ese bien, no se encuentra en condiciones de comprarlo o no le conviniera hacerlo.

192. Publicidad y registro

Apuntando a un valor fundamental, como es la seguridad jurídica, la mayoría de los autores especializados en la materia coinciden en la necesidad de crear un registro en el cual quede la constancia de la propiedad del bien a locar.

En este sentido la doctrina nacional se ha pronunciado proponiendo la inscripción de los contratos de leasing en el Registro Público de Comercio (VARANGOT) o, bien, con la modalidad de un Registro Nacional ad-hoc (propuesta de LAVALLE COBO y PINTO, en un estudio presentado en 1978).

El tema se entronca con los aspectos contables muy importantes, por cierto, en todo aquello que tuviere atinencia con el registro del bien locado en el activo de la locataria. Lo que está sujeto a ponderación, en el caso de estados contable-financieros, es la posible omisión

de leasing y sus consecuencias en el resultado final de la empresa usuaria.

193. Elementos específicos

Entre estos elementos del contrato, la doctrina y práctica apuntan a dos: la vida útil del bien, en la medida en que puede ser utilizado por el usuario; y el valor residual que ese bien puede tener a la terminación del contrato.

La vida útil puede ser definida como el período en el cual un bien de capital extingue el valor por el cual fue contabilizado mediante las amortizaciones realizadas (COGORNO). Este concepto no puede ser tomado como absoluto sino como relativo en la medida en que ese bien, luego de su total amortización técnica, puede encerrar cierta continuidad como útil para el usuario. En sentido opuesto a lo anterior, la tecnología -que va más allá de lo meramente contable- puede traer como consecuencia la obsolescencia del bien al introducirse en el mercado otro bien (o variante del mismo) que sea técnicamente más conveniente o competitivo.

Legislativamente hay países en los cuales la norma legal exige cierta correspondencia entre la duración del contrato y la vida útil del bien. No existiendo en nuestro caso otra norma que la prevista por el artículo 1505 del Código Civil, estableciendo un plazo máximo de diez años para la locación, la conclusión es que el plazo contractual no se encuentra, necesariamente, conexo con la duración de vida útil del bien.

En el supuesto de la opción de compra por el usuario se trata de una oferta irrevocable de venta.

En nuestro país, la doctrina ha discutido si el texto que deriva de las dos menciones expresas que hace la ley 21.526 se refiere, más bien, al leasing operativo y no al financiero. Ello en la inteligencia, según cierta opinión de que para que exista leasing financiero es indispensable la opción de compra (BARREIRA DELFINO). Disentimos con esta tesis y nos ubicamos con el pensamiento expuesto por LAVALLE COBO et al quienes sostienen la no esencialidad de la opción de compra para que exista leasing financiero.

Además de los argumentos expuestos por los mencionados autores -que en abono de su opinión agregan la aplicación práctica del concepto que deriva de la Carta Orgánica del ex-Banco Nacional de Desarrollo (art. 33, inc. J)- podríamos decir que la escueta mención que formulan esos artículos de la Ley de Entidades Financieras sin perjuicio de lo ya dicho en tomo al polifuncionalismo de su artículo 21, referido a los bancos comerciales, se refiere más puntualmente a la operatoria de esas entidades financieras que a la descripción técnico-legal del contrato:

no olvidemos las restricciones jurídicas que, por lo general, experimenta el legislador financiero, muchas veces sobrepasado por la evolución constante, urgente y casi impredecible de la técnica bancaria.

Con referencia al valor residual se trata de una noción económicamente compleja -valor no como medida sino como índice de comparación (ROBBINS)-, nada menos que acompañada por lo de “residual” involucrando una serie de factores determinantes, en un sentido u otro, que exorbitan su pretendida objetividad.

Por lo demás, la cuestión se complica en el caso de economías inestables, como la nuestra, dado que la vida económica de un bien se encuentra influida de manera notoria por la inflación como para que se pueda establecer de manera fehaciente su valor al cabo de un cierto número de años.

Resultan criteriosas -y, por tanto dignas de compartir- las observaciones de LAVALLE COBO et al sobre el particular: “estas y otras consideraciones nos indican que para el mercado argentino es mucho más práctico colocar el valor residual fuera del término inicial del contrato y tratarlo como un crédito ordinario en el supuesto de que el locatario no compre al contado.. por otra parte, el locatario que decide hacer uso de la opción de compra sabe que el valor residual será el determinado por el mercado para los bienes usados en el momento de la opción”.

194. Modalidades de la contratación

La solicitud de leasing se presenta por escrito, con indicación del material que se desea adquirir y demás condiciones de la operación.

Se ha discurrido bastante -doctrinariamente- en torno de la operación concertada entre el fabricante-vendedor, la compañía de leasing y el usuario en la que se utiliza por lo habitual la confección de una factura proforma respecto del bien objeto de la transacción, o en otra variante, el llamado “programa fabricante-vendedor”.

La naturaleza jurídica de estas formas de concertación del negocio es variada, pasando de la oferta irrevocable, en una opinión, hacia aquella otra de estipulación por otro o, en algún caso particular, otorgándose un mandato al futuro usuario para que proceda a elegir el bien que le interesa. Se trata de apreciaciones que podríamos calificar de contingentes o subjetivas, dado que el negocio concreto no siempre se adecua o plasma en el negocio jurídico previsto.

195. Obligaciones del locador

La obligación del locador es entregar la cosa en buen estado y con todos sus accesorios. Puede hacerse directamente al locatario por la compañía de leasing o bien en forma indirecta, cuando el locatario se presente a recibir el equipo del fabricante provisto de una orden de entrega otorgada por la compañía de leasing.

Alguna discusión doctrinaria gira en tomo de una opinión de BARREIRA DELFINO estimando que las cláusulas eximentes de responsabilidad del locador, frente al locatario, por problemas surgidos en la entrega del bien sólo son válidas en casos de entrega indirecta pero no cuando la cosa es entregada directamente al locatario por la compañía de leasing; disposición que, según este autor, afectaría al orden público.

Tal punto de vista es insostenible. Además de aquello que los juristas más famosos no saben qué es esto de orden público, concretado por BIBILONI hace ya muchos años, debería compartirse la opinión autorizada de NIETO BLANC en el sentido de que la medida de actuación de dicho orden está controlada por aquellas motivaciones superiores de naturaleza política.

Por más que nos interesa el leasing se encuentra bastante lejos de esos fundamentos que hacen al orden público.

196. Incumplimiento por el fabricante-vendedor

En general las compañías de leasing no asumen responsabilidad alguna por demoras que pudieran imputarse al fabricante.

El tomador del leasing, en razón de una cláusula eximente de responsabilidad por parte del fabricante del bien, no tiene acción contra éste; pero puede exigir a la compañía de leasing que demande el cumplimiento al vendedor. También puede subrogarse en el caso de que la compañía de leasing fuera negligente.

En caso de mora en la entrega del bien, existiendo una cláusula de falta de responsabilidad por el vendedor, el locatario podrá demandar la resolución del contrato por mora del locador o invocar el pacto comisorio tácito. El principio general de la cuestión está señalado por LAVALLE COBO et al al decir que el fiel cumplimiento de las obligaciones por el fabricante está incluido tácitamente en la convención y, por tanto, de no producirse en lapso razonable, el tomador del leasing podrá resolverlo.

197. Dificultades en la entrega de la cosa

La regla general gira en torno de la excepción non adimpleti contractus por la que el usuario puede negarse a recibir la cosa. Asimismo, puede proveerse de los accesorios del bien que faltaren; por el contrario no puede pretender que se le reduzca una parte proporcional del alquiler de la cosa por cuanto ello alteraría los cálculos de la operación de leasing.

198. Caso fortuito

El contrato queda resuelto sin responsabilidad para las partes (art. 1521, Cod. Civ.).

¿Quid respecto del seguro tomado en la operación?

Se considera que el locatario deberá continuar con el pago de los alquileres después de ocurrido el siniestro y hasta que la aseguradora pague la indemnización correspondiente. LAVALLE COBO et al aducen el carácter arbitrario de la cláusula (aun suponiendo que el locatario podría haber cubierto “su riesgo”; se trataría, en nuestro concepto, de otra evidencia más de quien es la parte “fuerte” o “débil” en la operación, implicativa de aquello “tómelo” o “déjelo”).

Respecto del caso contemplado en el artículo 1604, inciso 3º de nuestro Código Civil (conclusión de la locación por pérdida de la cosa), la cláusula por la cual el locatario debería renunciar al derecho de demandar la resolución del contrato, más que leonina, sería carente de sentido común en razón de la propia estructura conceptual de la operatoria: si no hay cosa, ¿qué queda?

En el supuesto de destrucción parcial de la cosa, por caso fortuito, se considera en la generalidad de las situaciones la renuncia anticipada del locatario en el leasing, para pedir la disminución del precio o la rescisión del contrato; acciones previstas en materia de locación por el artículo 1521 de nuestro Código Civil.

Los autores que hemos citado razonan en torno de esas circunstancias valorando que con independencia de la casuística propia de la negociación deberían imperar, en lo que se resolviera, lo que ellos llaman “reglas morales” de nuestro cuerpo codificado a través de los artículos 21, 953, 1071 y 1198.

Sin querer abjurar de la fundamentación ética, no sólo en Derecho sino también, en

Economía (no obstante ésta, ser una disciplina a-valorativa) -como lo hemos reiteradamente expuesto en otros trabajos-, entendernos que esa suerte de sofisticación que hace al leasing (y otros contratos financieros en nuestra época) estaría determinando la conducta del tomador que, por lo general, no es cualquier usuario sino una persona con cierta cultura y conocimiento como para saber lo que le conviene -o no- y hasta dónde le conviene.

Ya en materia financiera, aproximándonos al siglo XXI, estamos lejos, cada vez más, de ese cliente o usuario inexperto y sorprendido en su buena fe, por la contraparte, necesitado por ende de una sobreprotección, quizá exorbitando los límites de lo que la razonabilidad haría aconsejable en estos casos.

Otro supuesto es aquel contemplado en la imposibilidad del destino especial para el cual la cosa fue expresamente arrendada.

La doctrina nacional, luego de hacer referencia a los criterios excogitados del Código Civil en tema de locación, sostiene que ese régimen es inaplicable en el leasing; agregando que la renuncia expresa del locatario a sus derechos daría pie a esta interpretación. Sin embargo, se entiende que si se tratare de caso fortuito la inserción de una cláusula de renuncia podría considerarse como leonina, sujeta, por tanto, a ser declarada inválida.

Las reparaciones del bien, por lo general, constituyen en el leasing una obligación del locatario.

199. Otras situaciones

Se ha discurrido con criterio vario respecto de otras situaciones que se pueden dar en esta materia, de una locación, -singular, para calificarla de alguna manera-, que hace al negocio jurídico-financiero.

Así se dice que el locador debe mantener su obligación de garantizar al locatario el uso y goce pacífico de la cosa, debiendo conservar la forma de la cosa locada. Está, luego, la cuestión de las perturbaciones causadas por terceros, con las reglas que emergen de la locación civilista.

La garantía de evicción que el locador debe prestar al locatario no ha sido considerada en forma expresa en el leasing. Algún autor entiende que la garantía se traslada al tomador del bien por haberlo contratado directamente de fábrica. Pero ello es independiente de la garantía que el locador del leasing debe prestar a su locatario. En cuanto a la garantía por vicios redhibitorios prospera en la contratación, la cláusula por la cual el locatario renuncia a la garantía que, ordinariamente, debe el locador a este respecto.

200. Obligaciones del locatario

La principal es la de pago del precio. El atraso en el pago puede llevar a establecer intereses punitivos que no configuran, ciertamente, anatocismo alguno.

En general se entiende válida la inserción de un pacto comisorio expreso en favor del locador cuando el locatario no cumpliera con sus obligaciones. Cuando hubiere quiebra del locatario se entiende procedente la existencia de un pacto comisorio citándose como excepción su validez cuando el locador ha ejercido el derecho antes de proveerse la quiebra o concurso del locatario (concordante: art. 149 L.C.).

El problema de la cláusula penal impuesta al locatario cuando éste hubiera incumplido su

obligación, ha dado lugar a mucha controversia en procura de encontrar ese punto de equilibrio, tan necesario entre proteger al dador del leasing de los riesgos consiguientes a la operación, por un lado y de evitar lo que constituiría un abuso por la misma gravitación que dicha cláusula tiene, por el otro.

En general se considera conveniente la interpretación de la cláusula por medio o a través de la acción morigeradora de los jueces; en el fondo, la posible solución parece transitar por el camino del casuismo. Los hechos, finalmente, habrán de determinar el sentido y alcance de la cláusula (arts. 655 y 656, Cód. Civ.).

Otras obligaciones del locatario son la de mantener la cosa en buen estado y devolver el equipo al locador, al finalizar el contrato. Respecto de la primera -y dependiendo de la naturaleza del contrato-, puede existir convencionalmente una obligación de mantenimiento más rigurosa, de modo particular si se tiene en cuenta la duración del convenio.

La onerosidad del clausulaje para el cliente (locatario) ha sido expuesta en nuestro medio con referencia al caso de leasing de automotores. Así, por ejemplo, BOLLINI SHAW et al nos citan las siguientes cláusulas: a) si el precio del automotor aumenta antes de su entrega al cliente, la financiera traslada ese aumento a aquél; b) el locatario debe pagar los impuestos que se sancionaren, luego de la adquisición del bien; c) todo lo referido al mantenimiento del vehículo corre por cuenta del locatario; d) éste es responsable de los daños y perjuicios que sufriera el rodado; e)... el que debe ser asegurado por el locatario contra todo riesgo; f) la locadora puede rescindir el contrato por mora de la locataria o bien por haber sido ésta sometida a intervención judicial o haber solicitado su convocatoria de acreedores; g) la locataria no podrá suspender el pago del alquiler por la imposibilidad en que se encontrare de usar y de gozar el automotor, no siendo imputable a la locadora tal circunstancia; h) en caso de rescisión por cualquier causa, la locataria deberá restituir el automotor en el plazo de diez días de notificada, debiendo continuar con el pago de los alquileres hasta la finalización del contrato; i) se presume que se ha dado buen uso al automotor si al finalizar el plazo tiene un precio de reventa de acuerdo con el precio preestablecido neto, libre de impuestos.

Si el precio fuere inferior, la locataria paga la diferencia y si resultare superior, lo abona la locadora

201. Vencimiento del contrato. Facultades de las partes

Al vencimiento del contrato el locatario puede ejercer su derecho de compra quedando formalizado, entonces, un contrato de compraventa entre partes, regido por las cláusulas pertinentes a esta modalidad contractual.

A efectos de acceder a tal opción el locatario deberá haber cumplido con todas sus obligaciones precedentes, es decir, haber pagado todas las cuotas que debía.

El locatario podrá también tener una opción de prórroga del contrato, continuándolo entonces sobre la base de una cuota más reducida. LAVALLE COBO et al entienden que se trata de una modalidad lícita que, por tratarse de contratos autónomos, no habría violación del término legal máximo de diez años, cuando sumados los períodos excedieran ese plazo. Con referencia a la venta del equipo la cuestión deviene compleja por las implicancias que tiene que resolver si estamos, verdaderamente, ante un leasing o ante una compraventa con reserva de dominio. Esto se complica aún más cuando se produce la quiebra de la locadora, como ocurriera en el incidente caratulado “Proquide S.A. c/La Agrícola S.A. Compañía Financiera”, cuya liquidación concursal fuera dispuesta por el BCRA.

El caso fue así: Proquide S.A. se presentó en la quiebra de La Agrícola S.A. Compañía Financiera promoviendo incidente en razón de haber sido contratante del leasing de un automotor cuyas cuotas de alquiler habían sido pagadas en su totalidad. Su pretensión fue la de quedarse con el bien, en propiedad, dando el pago del precio del mismo como valor residual.

Transcribimos lo que los autores citados dicen con referencia al fallo de la primera instancia, del caso referido: “El juez destaca el papel fundamental que desempeña en el negocio el tiempo de vigencia del contrato y el precio del alquiler cuyo monto, en su opinión, no podría justificarse si no existe (existiere) la expectativa de adquirir el dominio de la cosa al término de la locación. Por ello menciona 'la incierta aseveración de que los bienes objeto del contrato pertenecen en propiedad a la locadora', destacando luego que el objetivo tenido en miras al contratar es que el bien 'pueda ser explotado contra el pago de las cuotas durante el lapso convenido, consolidando su adquisición al final,. Y se concluye que 'de no aceptarse la eficacia del contrato, se produciría el fin contrario al querido por la Ley de Concursos, al quedar en evidencia la injusta situación planteada que constituiría para la masa un enriquecimiento sin causa, con el consiguiente empobrecimiento del locatario en virtud de no contemplar la norma un privilegio a su favor consistente en la restitución actualizada de lo abonado en exceso con relación a una operación financiera común”.

Esto, si bien pareciera ser así, adolece de cierta imprecisión en el fondo del asunto, para determinar adecuadamente las características del leasing, frente a otros contratos. A nuestro juicio se trata del esfuerzo -vano, más de una vez- de enmarcar o adecuar las nuevas modalidades contractuales dentro de los esquemas (posiblemente más rígidos) de los contratos tradicionales.

En ese sentido, cuando en nuestra obra sobre Concursos y quiebra mencionamos a cierta jurisprudencia sosteniendo que cualquiera que fuera su naturaleza jurídica (locación o contrato atípico), las normas aplicables son las del artículo 147, inciso 32 de la L.C. y, consecuentemente, el artículo 148 (o sea la normativa sobre contratos en curso de ejecución), debería ser revisada.

Quizá el punto central de la cuestión radique en el concepto de “ciertas relaciones jurídicas preexistentes”, que tipifica el articulado y sobre el cual sería procedente lo que decimos allí: “Las situaciones más frecuentes, empleada (la ley de concursos) como criterio empírico para incluir determinadas reglas y omitir otras”.

202. Cuestiones procesales

Tenemos dos casos a contemplar: a) el juicio por cobro de alquileres y b) el juicio por restitución de equipo.

El caso sub a) se encuentra regido por el artículo 320, inciso d) del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación (para Capital Federal) preceptuándose la vía del juicio sumario para las acciones sobre cobro de alquileres de bienes muebles. Se trata de un proceso de conocimiento en el cual la parte demandada puede oponer toda clase de excepciones de forma y de fondo.

LAVALLE COBO et al exponen los inconvenientes que tal procedimiento significa para los bancos, que procuran sortearlos insertando una cláusula por la cual el locatario autoriza a debitar al banco las cuotas de alquiler en su cuenta corriente. De esta manera se viabiliza

la ejecución (art. 739, Cód. Com.).

Respecto de las compañías financieras -cuya operatoria es más limitada-, se recurre al método de pactar que el título de la locadora será ejecutable (art. 523, inc. 22).

En el caso sub b) rige también el juicio sumario, que se tramita en el fuero comercial.

Se comparte el criterio de los autores citados en el sentido de la procedencia del secuestro de la cosa con el carácter de medida precautoria, teniendo en cuenta que más allá de las consideraciones de índole procesal que pudieran existir, como obstativas de ese accionar, resulta evidente y de sentido común que el bien que continuare en posesión del locatario puede ir deteriorándose en forma notoria, es decir, originándose un perjuicio para la dadora del leasing que, luego, no podría ser compensado.

203. La cuestión en materia de quiebra

La excepcionalidad propia de la quiebra, unida a la singularidad de un contrato no regulado específicamente en nuestro derecho (salvo las breves referencias de LEF), hacen que la cuestión sea conflictiva y pasible de múltiples apreciaciones.

BARREIRA DELFINO ha dedicado un análisis doctrinario al tema en su ensayo “El leasing y la quiebra” en el cual, luego de algunas generalidades sobre el instituto concursal, ingresa en su parágrafo IV al meollo del problema.

El punto de partida puede ubicarse en la no resolución de los contratos bilaterales, como consecuencia del incumplimiento derivado de la quiebra.

El citado autor expone el problema que en la plaza se plantea al exigir la inserción de una cláusula impuesta por la entidad financiera demandando la resolución del leasing por una serie de situaciones que podrían afectar al tomador del contrato (quiebra incluida). Debe compartirse su punto de vista: la causal de resolución por declaración de quiebra es improcedente.

Las dos excepciones a esta regla se dan en los casos de resolución del contrato antes de la sentencia de quiebra y en el supuesto de que la resolución contractual hubiera sido demandada judicialmente antes del auto declarativo de la quiebra.

Con independencia de lo anterior, no estamos de acuerdo con lo que se dice de que “la mención de declaración de quiebra como causal de resolución que se transcribe en el contrato de leasing deberá tenerse por no escrita”; dado que esta terminología, privativa del derecho cambiario, por sus muy especiales características formales, no puede ser extendida a otras ramas jurídicas: sencillamente debería haberse dicho “no valdrá”.

El análisis de las cuestiones debe formularse desde dos perspectivas: a) la quiebra del tomador; b) la quiebra de la dadora del leasing (entidad financiera).

En el caso sub a) pueden darse varias hipótesis: 1) prestaciones a cargo del tomador, totalmente cumplidas. En esta variante la materia aparece clarificada por el cumplimiento del tomador-fallido. BARREIRA DELFINO dice bien que no obstante ello, pueden darse circunstancias de necesario cumplimiento a cargo de la entidad financiera como, por caso, cuando se tratare de ultimar la transferencia de dominio del bien en favor del fallido (por ser un bien registrable) o en el supuesto de subasta, a fin de determinar el estado del bien restituído y entonces pagar al fallido el remanente del resultado del remate.

2) Prestaciones a cargo de la entidad financiera no fallida, íntegramente cumplidas. No obstante ello, puede ocurrir que el tomador-fallido tuviera obligaciones que efectivizar, las que deberán ser cumplidas por el concurso, a cuyo efecto deberá requerirse su verificación.

3) Prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

El autor cuyo comentario estamos siguiendo, aborda cuatro supuestos de prestaciones pendientes para ambas partes. En los casos de que el contrato se encontrase en plena ejecución o, bien, cuando hubiera expirado y se prorrogare por un mero plazo, la solución quiebrista está porque el contrato sea resuelto; ello deriva explícitamente del sentido de la quiebra, cuya gravedad y trascendencia hace que deban eliminarse las situaciones pendientes e indefinidas.

En los otros casos en los cuales el tomador-fallido hubiera ejercido la opción de compra del bien registrable (continuando pendiente todo lo que se deriva del perfeccionamiento del registro) o en el supuesto de que el bien hubiera sido restituido por el tomador-fallido y la entidad financiera tuviera que subastarlo, regiría la solución prevista por el artículo 148 de la L.C. o sea las reglas que dicha norma preceptúa para las prestaciones recíprocas pendientes.

En el caso sub b) rigen las disposiciones de las leyes 21.526 y 22.529, en armonía o no (según la concepción doctrinaria que prevaleciere) con la liquidación concursal administrativa, regida por el Título IV L.C.

Decimos esto por la controversia doctrinaria que hay en nuestro medio respecto de si existe sólo quiebra única (la que emerge del Título III L.C., con algunas reglas complementarias de la LEF)-posición que parece ser mayoritaria entre los autores concursualistas- o, bien, tenemos la quiebra común de ese Título III “más” el instituto de la liquidación concursal administrativa (Título IV, L.C.) como un concurso de un sujeto especializado: tal la entidad financiera; posición a la que accedemos, no obstante considerarla (cuantitativamente) en minoría.

BARREIRA DELFINO no es claro en el punto cuando dice luego de la “aplicabilidad de las leyes particulares” (aludiendo a la L.C.A. normada en los artículos 256 y concordantes de la L.C.) que, “por su parte, la ley concursal regula subsidiariamente algunos aspectos de esas liquidaciones administrativas, los cuales deben aplicarse cuando las regulaciones específicas los hayan omitido total o parcialmente”.

En verdad, conforme a la estructura procesal del Título VII LEF, no estaríamos frente a una liquidación administrativa (que denomina extrajudicial), sino ante una liquidación concursal (que denomina judicial).

Por último, el autor citado agrega que “entre estos aspectos sujetos a regulación subsidiaria figuran los efectos de las relaciones jurídicas preexistentes”; conclusión casi obvia por cuanto al reglamentarismo del Título VII de la LEF no podría comprender razonablemente, la casuística propia de una ley concursal.

Otro punto de interés es el mencionado por el citado autor cuando señala que entre la liquidación de una entidad financiera por el BCRA y su posterior declaración de quiebra puede mediar un período de varios meses. ¿Qué pasaría, entonces, con el leasing?

BARREIRA DELFINO llega a la conclusión de que, sobre la base de la buena fe contractual y la consolidación de la seguridad jurídica el BCRA estaría obligado a cumplir el contrato “por haber asumido los derechos y obligaciones emergentes de él y subrogar a la entidad financiera en el contrato”.

No estamos de acuerdo con este punto de vista.

Al resolver la liquidación de una entidad financiera el BCRA lo hace en virtud de sus indelegables facultades de supervisión y control del sistema financiero nacional, ergo, por consideraciones de derecho público bancario, totalmente alejadas a institutos de derecho privado, como lo es la subrogación.

En la cuestión no hay lugar para la buena fe contractual -que no se niega-, dado que si el BCRA se viera obligado a tomar una medida de esa gravedad lo hace, precisamente, en aras a restaurar lo fundamental -la confianza de ahorristas e inversores en el sistema-, más allá de cualquier mera relación contractual que la entidad liquidada pudiera haber celebrado. Por tanto, el contrato de leasing quedará subordinado a los resultados de la liquidación judicial (concurzal) de la entidad financiera, sin que ello signifique obligación alguna para el ente rector del sistema.

204. Leasing internacional

La figura jurídica que estamos considerando puede plasmarse, también, en el campo internacional: es llamado leasing de exportación o internacional (cross-board lease). Nos dice PINTO que “este servicio financiero internacional que se produce desde los países exportadores de capital y de tecnología hacia los importadores de capital y tecnología, a los fines de un mayor desarrollo económico internacional... ha producido y sigue produciendo formulaciones de principios de 'derecho del desarrollo económico internacional', el cual no vendría a suplir totalmente al 'derecho mercantil internacional', pero sí a complementarlo en forma muy efectiva, con motivo de los cambios jurídicos que acarrea la carrera tecnológica de la era actual”.

El leasing internacional estaría supliendo cierta inadecuación de las formas de financiación tradicionales en el comercio exterior.

La modalidad operatoria puede sintetizarse en la circunstancia de que un proveedor le vende un equipo industrial a una empresa de leasing, domiciliada en el mismo país, la que habrá de promover la exportación de ese equipo a una empresa usuaria del bien, con domicilio en el exterior.

El mencionado autor recuerda que resulta casi decisivo recordar que en esta modalidad nos encontraremos ante dos realidades fiscales y legales diferentes.

Quizá la principal característica de esta operatoria radique en su flexibilidad, procurándose conciliar los intereses de importador y exportador, que pueden ser conflictivos. Se cita como ejemplo de lo anterior el llamado “leasing Samurai”: Hace unos años, frente a una balanza de pagos entre los EE.UU. y Japón, muy favorable a éste se planteaba el serio problema de impedir la continuidad de las exportaciones japonesas al otro país. Entonces los exportadores japoneses, en combinación con las empresas de leasing en ese país, resolvieron importar un importante número de aviones comerciales estadounidenses, para su reexportación a través de contratos de leasing, a compañías aéreas internacionales, en condiciones muy favorables para el locatario-tomador del leasing. Con ello se logró restablecer un cierto equilibrio exportador-importador.

Asimismo esta flexibilidad contractual se traduce en la contabilización de las operaciones; citándose como referencia que de acuerdo a normas contables del F.M.I. las contraprestaciones en concepto de arrendamientos son contabilizadas en el Balance de Servicios al ritmo de sus respectivos vencimientos, no influyendo en los resultados de la Balanza Comercial y tampoco en el total de la deuda del país.

205. Agregados al leasing

a) En un comentario de MUNARI, A., “La Cassazione e il Signor Zelig” (publicado respecto de una sentencia de ese tribunal), del 13 de diciembre de 1989, autos “Fallimento S. d. f. Calandritti c/Barclays Leasing Torino s.p.a.”, en BBTC, 1990, sec. Jurisp, fasc. VI, pág. 687), se dice que debe enfatizarse la extrema “flexibilidad del instrumento jurídico-económico” lo que se encuentra expuesto por una investigación realizada en mercados más evolucionados, al respecto.

Así se habla de una serie de modalidades contractuales en derecho americano y japonés: los contratos pueden tener por objeto bienes estandarizados o no, con obsolescencia lenta, media, veloz o velocísima; inmuebles, computadoras, naves, aviones, containers, plataformas petrolíferas, centrales nucleares, gasoductos, oleoductos, minas; pueden prever una opción de adquisición por un precio nominal o por un precio de mercado.

El fenómeno leasing participa de la lógica del project financing y debe mantener un alto índice de flexibilidad.

b) En el espectro doctrinario del instituto -que, como vemos, es muy amplio- puede mencionarse también lo sostenido por DE NOVA (citado por MONTICELLI, S., “Leasing-Rassegna di giurisprudenza” en BBTC, 1989, fasc. I, págs. 97 y sigs.) quien sostiene que la cuestión estudiada puede ser reducida a tres grupos: (1) las sociedades de locación, de extracción bancaria, buscando primordialmente una financiación; (2) las sociedades de locación vinculadas al productor para las cuales la operación es una alternativa más evolucionada con respecto a la tradicional venta con reserva de la propiedad por el productor; (3) las sociedades independientes, que invierten para conceder en leasing: prestación de servicios a las empresas.

Se concluye que existiría una cierta imposibilidad de llegar, por la vía abstracta, a una definición del contrato de locación financiera.

206. Lease-back

Esta modalidad de leasing ha sido considerada en fecha más o menos reciente por FARGOSI, H. P., en un estudio bajo el título “Esquicio sobre el Lease-back” (en ED., 17-X-91).

El autor citado, luego de señalar la inconsistencia de cierta crítica nacional respecto de esta modalidad, entiende que debe enfocarse el lease back como una subespecie del contrato de leasing, al suponer que es una operación en virtud de la cual el propietario de un bien mueble o inmueble enajena éste a una empresa de leasing que paga el precio y, simultáneamente, concede el mismo bien en leasing al vendedor.

Lo básico -agrega- es la disponibilidad de dicho bien. Se origina una cierta disociación entre propiedad y uso de las cosas, pasando a adquirir relevancia la posibilidad de utilizar los medios de producción y obtener sus beneficios. La fundamentación de la modalidad -una vez más- debe hallarse en consideraciones económicas, con la tendencia a incrementar la rentabilidad empresarial.

207. Nueva concepción del leasing

FARGOSI, siguiendo la doctrina italiana en la cuestión, expresa que las objeciones hechas a esta modalidad carecen de sustento “si partimos de la base de que en el lease back el

traspaso de la propiedad a quien concede el préstamo se produce simultáneamente con la estipulación del contrato y no hay un crédito preexistente en cuya consecuencia se transfiere el bien como garantía de la restitución... La validez de esta operación se explica por el efecto traslativo inmediato y no subordinado a algún incumplimiento por parte de quien se mantiene en la utilización del bien”.

Con cita de GALCANO se dice en este comentario que el *ius mercatorum* desconecta el contrato de la propiedad, atribuyéndose una función en si mismo para devenir negocio, acto de especulación (en sentido técnico, agregaríamos nosotros).

En síntesis, que la sustancia real de cualquier contrato puede ser resumida en la idea de operación económica.

Como vemos, la moderna doctrina trata de ensamblar estas nuevas variantes con el perfil que les proporciona el análisis económico de la cuestión, que por su parte, ha tratado de superar su angostamiento técnico al incorporar al estudio de la Economía otras disciplinas sociales que le son afines.

CAPÍTULO XIII FACTORING

208. Antecedentes

Como es habitual en nuestra materia, los Orígenes son imprecisos particularmente cuando pretendemos subsumir los institutos jurídicos de antaño en los moldes jurídicos de nuestros días.

Respecto del factoring, la generalidad de los autores coinciden en ubicar sus antecedentes en el siglo XVIII, con la actividad desarrollada por los selling agents de las empresas textiles inglesas en las colonias americanas. Estos agentes -factors- pronto se constituyeron no solamente en vendedores de la mercadería exportada a las colonias, sino en virtuales financistas cuya efectividad era, por tanto, de interés para el exportador británico.

Se trata, obviamente, de una semblanza histórica. Como señala COGORNO “(al unísono) del desarrollo de la actividad mercantil también se amplió la actividad financiera y fue necesario que los viejos factores se unieran en sociedades para poder hacer frente al riesgo y de esta forma nacieron las primeras entidades de factoring que van logrando un auge sorprendente a partir de los años veinte hasta nuestro días...”

209. Concepto

Para la mayoría de la doctrina, es considerado primordialmente como una “técnica financiera”: el factor se encuentra vinculado a su cliente por una convención que de acuerdo a sus términos implica que el primero se obliga a pagar al segundo determinados créditos (las facturas aprobadas) que éste tiene respecto de sus compradores, mediante la transferencia de sus créditos y el pago de comisiones. Las facturas pueden ser pagadas por el factor a quien son transmitidas a su vencimiento o, bien, antes de estar vencidas. En este último supuesto el factoring puede aproximarse a lo que es el descuento.

Sin embargo, a diferencia del banco descontante, el factor asume el riesgo de falta de pago

ocurrido por incumplimiento del deudor; no existe recurso contra el cliente, salvo en los casos en que el crédito transmitido fuera inexistente, nulo o viciado.

La originalidad del factoring se evidencia asimismo por la realización de servicios complementarios de la vis crediticia, selección de compradores, puesta a disposición de los clientes de métodos modernos de gestión y de contabilidad, provisión de informes comerciales, de servicios contenciosos, etcétera. RÍVES LANGE et al lo consideran, por estas razones, “una técnica de gestión comercial de empresas”.

210. Definición

Sobre la base de lo expuesto se lo define como el contrato por el cual un empresario conviene que una entidad financiera le habrá de adquirir todos los créditos provenientes de la explotación normal de su empresa, hasta una suma determinada y por un tiempo convenido de manera expresa, asumiendo los riesgos de sus cobros y reservándose el derecho de seleccionar dichos créditos, obligándose asimismo a prestarle la asistencia técnica necesaria para un mejor desarrollo del contrato. En contraprestación, el empresario se obliga a abonar una comisión en forma proporcional a los capitales adelantados.

211. Caracteres

Estamos de acuerdo con la opinión de GUASCO y PINTO, quienes consideran que esta figura encuadra dentro de los términos definitorios generales del artículo 1137 de nuestro Código Civil.

Analizando cada uno de los caracteres del contrato puede decirse que es (i) bilateral (art. 1138, Cód. Civ.); (ii) oneroso (art. 1139 de ese Cód.); (iii) consensual (invocando los arts. 1140, 1141 y 1142 del mismo cuerpo legal); (iv) innominado (art. 1143 de ese Cód.); (v) atípico impropio.

En el punto, los autores citados formulan una distinción entre una tipicidad social y otra legislativa, de conformidad a que estuvieran -o no-, contemplados por la ley.

A nuestro entender se trata de una concepción doctrinaria relativa; preferimos decir que la tipicidad comercial es amplia y flexible en el sentido de que el negocio jurídico comercial no siempre puede aprehender la dinámica del hecho comercial, cambiante, fluctuante y, hasta a veces, huidizo a su encasillamiento.

(vi) de tracto sucesivo; (vii) conmutativo; (viii); formal (art. 1454, Cód. Civ.). En el punto, GUASCO et al dicen bien que el aspecto formal es con referencia a las cesiones que se producen como consecuencia del factoring, pero no con respecto al contrato en sí mismo considerado; (ix) normativo; (x) de exclusividad.

212. Ubicación en nuestro derecho

Consideramos que el contrato ha sido regulado en nuestro derecho habiendo sido mencionado en la Exposición de Motivos de la ley 18.061 de entidades financieras que, al desarrollar los fundamentos del artículo 17, dice: “Otra de las nuevas actividades (de los bancos comerciales) es el complejo de operaciones conocido como factoring, que describe el inciso e)”. Efectivamente, este artículo expresa: “Los bancos comerciales podrán... e)

Otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquiridos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa”. El mismo texto es registrado en el artículo 20 de dicha ley con referencia a las compañías financieras, en el caso, preceptuado en el inciso e).

Posteriormente, el articulado sobre factoring es reproducido en idénticos términos a los antes expuestos por la actual ley 21.526 de entidades financieras, en su artículo 24, inciso d), en el que se especifican las funciones de las compañías financieras. Obviamente, también esa operatoria está comprendida en el amplio texto del artículo 21 de la ley mencionada -referido a los bancos comerciales- sobre la base de la regla de que “todo lo no prohibido está permitido”.

213. Variantes

Como suele ocurrir en los contratos más o menos modernos, como el presente, se ofrecen diversas variantes que GUASCO et al sintetizan de la siguiente manera:

- a) Según el pago -punto decisivo-, con referencia al pago inmediato, al pago con vencimiento medio de las facturas o al pago de cada una de ellas, a su vencimiento;
- b) El riesgo de cobranza es otro factor determinante del planteo contractual: con garantía de solvencia o sin ella. En el caso de que el factor asuma el riesgo, por lo general se cubre mediante el correspondiente seguro de crédito;
- c) Los servicios de asistencia técnica o administrativa constituyen un complemento que puede formar parte o no del factoring;
- d) Lo que podría denominarse el quantum: de los créditos del factoreado, cuya cobertura puede asumirse total o parcialmente;
- e) El enfoque de la operación según un plazo cierto O por un monto determinado.

En líneas generales estas variantes son estudiadas por SUÁREZ en su ensayo sobre Factoring.

El autor citado realiza una distinción entre aquellos países en los cuales el factoring, en alguna medida, carece de interés (incluye al nuestro), contraponiéndolos a aquellos otros en los que se desarrolla una práctica constante. Cita entre éstos a Brasil, Colombia, Ecuador, España, Perú y México. En el primero de los nombrados se destaca el aporte de LEMOS LEITE respecto del cual se expresa que “establece muy claramente la diferencia entre los negocios bancarios de captación y crédito y los negocios de factoring tipificados como la prestación de servicios y la compra definitiva de activos representada por títulos de crédito duplicata a un precio cierto y con la asunción del riesgo por falta de pago”.

Al parecer en el país mencionado se buscó desplazar al Banco Central respectivo de su hegemonía en la fiscalización de la operatoria, por la vía judicial. Pero SUÁREZ argumenta luego en el sentido de que el factoring brasileño se enanca con la duplicata, la que constituye un título de crédito sui generis que no responde al concepto anglosajón de la factura y que diera origen a este contrato.

214. Naturaleza jurídica

Posiblemente la figura que explique con mayor nitidez la naturaleza jurídica del instituto sea la cesión de crédito (arts. 1344 y sigs. Cod. Civ.), aunque no corresponde una total

asimilación a ella. Lo expuesto es correcto por cuanto no podrían pasarse por alto las otras prestaciones que pueden acoplarse al factoring.

Las explicaciones doctrinariamente proporcionadas en el sentido de intentarlas a través o por medio de la apertura de crédito o del descuento no podrían compartirse, dadas las muy específicas características del factoring. No obstante ello, quizá la mayor vecindad jurídica se sitúe en el descuento, suponiendo que el factoring se perfeccione mediante una transferencia de créditos con recursos contra el transmitente.

La vinculación jurídica del instituto con esa rara avis de nuestro derecho que es la factura conformada (decreto-ley 6601/63) nos trae a la memoria lo ya dicho sobre el caso brasileño, con las observaciones de SUÁREZ. Pero en el caso argentino operan otras objeciones: a) cuando el comprador se niegue a conformar la factura; b) considerando que el comprador tiene diez días para devolver el duplicado al vendedor, lo que haría harto complicada la operación en el supuesto de que los créditos cedidos fueran de plazo breve; c) la suerte de contradicción que existiría en el caso del endoso del proveedor cedente, haciendo imposible que la factura conformada sea utilizada tomando el factor, a su cargo, los riesgos de cobranza.

Como se aprecia, no aparece esa sintonía indispensable entre ambas figuras jurídicas, como para plasmar la explicación de una respecto de la otra.

Los puntos de vista explicitados por GARCÍA CRUCES GONZALEZ son interesantes máxime teniendo en cuenta el desarrollo temático que hace el autor en su libro.

En el párrafo sobre “Consideraciones preliminares de carácter metodológico” dice que el término factoring ya indica, de por sí, que se trata de una técnica foránea, ajena en un primer momento al derecho español (lo cual es casi obvio). Se trata, entonces, de un contrato atípico. GARCÍA CRUCES hace la defensa de la atipicidad desvinculándola, en cierto modo, de la autonomía de la voluntad; así la atipicidad en los contratos tiene una consistencia prenormativa representada por su origen foráneo y su uniformización mediante condiciones generales.

Coincidimos en que el “tipo” es un esquema legislativo no reconducible a un concepto definido y cerrado.

Volviendo específicamente al contenido temático de este párrafo, se ha sostenido, entre otras, la tesis del contrato normativo (FRIGNANI), al señalar que el factoring es un contrato normativo bilateral individual en el sentido de un acuerdo directo a efectos de prever las reglas que disciplinarán las futuras relaciones entre partes.

Las explicaciones de GARCÍA CRUCES dadas al respecto señalan, en sentido positivo, el carácter de normación que tiene el factoring respecto a la transmisión de los créditos; pero, en sentido negativo, que tal normación no podría entenderse correctamente en los términos de un contrato normativo en sentido propio.

Otra de las tesis enunciadas ha sido la del contrato preliminar o promesa de contrato de carácter unilateral, en cuanto que las obligaciones que del mismo surgen son a cargo del cliente ya que el factor tiene plena libertad para aceptar o rechazar las futuras ofertas de cesión que realice su cliente.

Entre las varias críticas que se formulan a esta tesis es que parece desconocer el alcance de la facultad de aceptación o aprobación planteando, incluso, problemas de nulidad del contrato. GARCÍA CRUCES agrega que el intérprete debe rechazar la clasificación de unilateral y entender tal facultad referida a una discrecionalidad técnica de tal manera que el rechazo o exclusión de un crédito tenga un fundamento objetivo. Cabría preguntarse quién ha de determinar esa objetividad.

La tesis del contrato cuadro (PARDOLESI) intenta una conciliación explicativa de las consideraciones precedentes, partiendo de la pluralidad negocial insita en la operación (compleja) y de la circunstancia de que una parte está obligada a realizar una oferta de la cesión mientras que la otra es libre de actuar como crea.

Por último, el análisis doctrinario apunta a la tesis del contrato definitivo por el que se entiende una estructura negocial unitaria. Un grupo de autores (italianos) entiende que en el factoring opera una cesión global de créditos futuros para poder salvaguardar la unidad económica de la operación. Se da un doble orden de consideraciones: por un lado, al nacer los créditos, estos ya son propiedad del factor y, por el otro, este último es con anterioridad titular de una expectativa jurídica protegida.

Dentro de esta estructura unitaria se ha considerado que el cliente recibe del factor una suma de dinero acorde con el monto de un cierto número de créditos, descontado el porcentaje que corresponde al factor, cediendo dichos créditos al factor, el cual pasa a asumir los riesgos y cargas de la cobranza. Se trataría -en términos de derecho anglosajón- de un loan secured by book debts.

Sin embargo, GARCÍA CRUCES objeta la tesis diciendo que el anticipo no tiene carácter esencial, necesitando de una estipulación especial dentro del contrato de factoring. Este autor dice que, en definitiva, la tesis del carácter crediticio ha de ser valorada en punto a la justificación de una estructura contractual de corte unitario; pero debería rechazársela en cuanto a la consideración exclusivamente crediticia del factoring.

215. Clases de factoring

Un primer criterio para establecer las diferentes clases del instituto responde a consideraciones históricas. Así tenemos, por ejemplo, el colonial factoring, en el que el factor asume las funciones de gestión, garantía y financiación; pero actualmente puede considerárselo en desuso.

En cierto modo lo que ocurriera fue la conversión del trade factor (prevalencia de lo comercial) en el finance factor (prevalencia de lo financiero), dando origen al denominado old line factoring.

Con posterioridad, el factoring evoluciona hacia el new style factoring comprendiendo una más amplia gama de servicios desarrollados por el factor al coexistir con otras posibilidades de movilización y concesión de créditos y en una evidente aproximación a la actividad bancaria.

Un segundo criterio se establece con referencia a la notificación a terceros: así tenemos, sucesivamente, el notification factoring; el non notification factoring y el undisclosed factoring. De la notificación del deudor cedido a los terceros, en el primero de los supuestos se pasa en los casos restantes a una suerte de “secreto” con fundamento en evitar, mediante ese conocimiento de la plaza, que se vislumbre cierta debilidad en el cliente. La diferencia entre las dos últimas variantes reside en que en el caso del undisclosed en realidad se celebran dos contratos entre partes: por el primero, el cliente vende su mercadería al factor, y por el segundo contrato lo nombra comisionista suyo para la venta, con autorización para cobrar el precio.

Un tercer criterio de clasificación es aquel referido a la existencia -o no- del servicio financiero que, por lo general, presta el factor. En este orden de ideas se considera al maturity factoring, en el que no aparece el servicio financiero, dado que el factor paga al

vencimiento medio de las facturas libradas por el cliente. La otra variante es la del credit cash factoring en el cual el servicio financiero adquiere un carácter esencial.

216. Diferencias con otras figuras

Los mismos problemas que plantea la configuración del factoring han llevado a la doctrina a considerar con cierta -y a veces, no lograda- profundidad, sus diferencias con otros contratos. En esta mención, que no pretende ser exhaustiva, podemos considerar los siguientes casos:

217. Comisión

En nuestro derecho, siguiendo a FONTANARROSA, el concepto del contrato de comisión está dado por el artículo 222 del Código de Comercio, según el cual existe esa figura jurídica cuando una persona desempeña por otro negocios individualmente determinados (de carácter mercantil, argumento del art. 221) ya sea a nombre propio, ya bajo la razón social que representa.

De acuerdo a esta concepción, la comisión, en nuestro derecho, se aproximaría bastante al factoring (en alguno de sus aspectos) pero olvidando o pasando por alto la naturaleza compleja de este moderno instituto, más allá de la gestión a nombre de otro.

Quizá el análisis jurídico se complique en cierta medida cuando ingresamos en esa particularidad de nuestra comisión que se llama “de garantía” (art. 256 del Cód. de Com.), por la cual corren por cuenta del comisionista “los riesgos de la cobranza, quedando en la obligación directa de satisfacer al comitente el saldo que resulte a su favor a los mismos plazos estipulados, como si el propio comisionista hubiese sido el comprador”.

No obstante lo anterior, consideramos que no debería extremarse interpretativamente la analogía teniendo en cuenta, en primer lugar, una cierta valoración histórica de nuestro Código de Comercio frente al desarrollo casi contemporáneo del factoring (con independencia de sus modalidades acumuladas en cuanto a los aspectos técnico-conceptuales del instituto).

En conclusión, el factor de nuestros días no es un comisionista de otrora sin perjuicio de ciertas aproximaciones que determinaron un entrelazamiento de ambas figuras, respondiendo a los fines para los cuales hayan sido concebidas.

218. Agencia

Más aceptable se exhibe la explicación de GARCÍA CRUCES respecto de la agencia con referencia a la cual, siguiendo enseñanzas de la doctrina especializada (GARRIGUES), considera que es esencial que el agente obre por cuenta de su principal, lo que no se observa en el factoring.

219. Operaciones bancarias

La relevancia que los aspectos financieros asumen en el factoring han conducido a la doctrina a considerar su naturaleza comparativa con determinados contratos de la operatoria bancaria como son la apertura de crédito y el descuento.

Respecto de la primera se evidencia el no darse de la cesión pro soluto que, como se ha visto, forma parte de la naturaleza del factoring. La sola causa credendi (si nos ubicamos en una postura causalista) no es suficiente por sí para fundamentar una asimilación de ambos. Con referencia al segundo, GARCÍA CRUCES insiste con el argumento de que la financiación no es decisiva en el factoring debido al carácter complejo de este último. Hay dos aspectos más a considerar, en esta evaluación comparativa: en el descuento el cálculo de intereses se efectúa sobre la base de la persona del cliente, mientras que en el factoring se valora, en primera instancia, el riesgo de insolvencia del tercero. Además, en la cesión del crédito es pro solvendo en el descuento (salvo buen fin) y pro soluto en el factoring.

220. Seguro de crédito

La cuestión comparativa deviene bastante compleja al estudiar esta operación en la cual el asegurador asume el riesgo de insolvencia definitiva de los deudores del asegurado cuando sobrevenga el siniestro.

GARCÍA CRUCES apela a su posición causalista expresando que en el factoring hay una causa distinta y más amplia que la propia del seguro de crédito. También -en lo que tuviera atinencia con la actuación de los contratantes- el factor opera in rem propriam gestionando su patrimonio: mientras que el asegurador, como se ha dicho, asume la cobertura del riesgo ajeno.

Se apela, asimismo, a un argumento netamente económico: el coste de la operación. Así -se dice-, el asegurado recibirá entre un 80% y un 85% del importe asegurado, mientras que el factor absorbe el 100% de la operación, deduciéndose, claro está, su comisión.

221. Otras operaciones

Finalmente, desde el ángulo doctrinario se efectúa el análisis comparativo con otras Operaciones.

Así en primer lugar se hace referencia al confirming, contrato por el cual el cliente se libera de la gestión de cobro (teniendo asegurado el pago) recibiendo una financiación de su crédito. Como se aprecia, una evidente aproximación al crédito documentado confirmado.

GARCÍA CRUCES sitúa la diferencia entre ambos institutos en el plano estructural, oponiendo a una estructura unitaria del factoring cierta pluralidad negocial que se advierte en el confirming. Con posterioridad (siguiendo a ROLÍN), el autor citado puntualiza tres aspectos diferenciales: (i) aquella relativa a los bienes: exportación de equipos en el confirming, bienes de consumo o de servicios en el factoring; (ii) en el confirming se opera por medio de determinados documentos, en el factoring nos encontramos con la cesión de crédito; (iii) el confirming exige su renovación para cada operación, mientras que el factoring opera sobre la base del principio de globalidad.

En segundo lugar se menciona una práctica habitual en los EE.UU. de América conocida como accounts receivable financing que consiste en un anticipo efectuado por una entidad

financiera sobre un tanto por ciento del saldo de la cuenta del cliente con la garantía de prenda sobre los créditos que el empresario (cliente del banco) tiene contra sus propios clientes.

Si bien la aproximación conceptual estaría residiendo en un lien o privilegio que se presenta en ambas operaciones, la diferencia reside en el carácter estrictamente financiero de la mencionada operación bancaria versus el enfoque mucho más amplio -exorbitando lo financiero- exhibido por el factoring.

222. Elementos personales en el factoring

En cuanto al cliente del factor, la cuestión fundamental gira en derredor de la política de concesión del crédito que la empresa, a su vez, practica con sus clientes.

GARCÍA CRUCES se inclina a considerar el campo de la pequeña y mediana empresa como el más indicado para la práctica del factoring considerando los problemas financieros que ese tipo de empresa tiene para con la banca en general, debido a su menor solvencia y, en cierta medida, menor plafond organizativo.

“Podemos concluir afirmando que, desde el punto de vista financiero, el factoring empieza donde acaba la posibilidad de la empresa de acudir al crédito bancario, consistiendo en la activación de una capacidad financiera no tanto adicional como, sobre todo, reprimida”. Con referencia al factor en sí mismo, debemos coincidir con el autor citado en el sentido de que se trata de un empresario (entendido este concepto en su acepción moderna) de amplitud operativa. Pero el desarrollo argumental que efectúa luego, prescribiendo una suerte de comparación entre el contrato que analizamos y la operatoria bancaria con el juicio valorativo de que ambas técnicas no son competitivas entre sí-, no es del todo convincente.

Se estaría apuntando a lo que podría denominarse concepción “tradicional” del banco -intermediador habitual en la oferta y demanda de recursos financieros-, que hoy se encuentra abarcado por otros servicios que presta la banca, quizá ahora más banca de servicios que otra cosa. Basta como ejemplo de ello el caso de la ingeniería financiera, que de concepto técnico-doctrinario pasó a ser legislado expresamente en nuestro tiempo, como lo ha sido por la ley bancaria francesa de 1984.

Que alguna legislación -como el caso de nuestra ley 21 .526- lo sitúe dentro de las operaciones permitidas a ciertas entidades financieras, no significa mucho más que el enfoque técnico jurídico que implica privilegiar lo financiero del factoring por sobre otros aspectos que, también, pueden ser importantes o complementarios del anterior.

En definitiva, la cuestión no podría ser valorada más que una exposición de distintas variantes del problema.

223. Transferencia del crédito

Las transferencias de los créditos entre factoreado y factor no son otra cosa que las operaciones por las cuales se da cumplimiento al factoring; en síntesis, las cesiones de derechos regulados por el Código Civil en los artículos 1434 y siguientes.

Con independencia del handicap en contra que significa cierta pesadez de la cesión, el jurista debe remitirse a ese instituto procurando adaptarlo a las nuevas variantes que

ofrecen las figuras contractuales en evolución, como por ejemplo la del factoring. El momento operativo de la transferencia se produce por el consentimiento entre factoreado y factor (art. 1457, Cód. Civ.).

Existen varias circunstancias que conviene analizar. En primer lugar, la falta de pago de los créditos en razón de la devolución de las mercaderías; hipótesis que debe ser estudiada en función de la preceptiva del Código de Comercio, en materia de la compraventa, a fin de determinar su influencia en el factoring.

Si el factor ha asumido el riesgo de la operación y el factoreado (vendedor) no cumple, parece indudable que la responsabilidad para con el cliente (comprador) se habría de situar en cabeza del factor. Para eliminar tal circunstancia se haría necesario pactar que el factoreado devolviese al factor el importe recibido y sus intereses.

Los autores citados agregan que para tal caso sería de utilidad para el factor pactar la obligación del factoreado de separar e identificar, como propiedad del factor, toda mercadería que los compradores, por cualquier causa, no hubieran aceptado. Este depósito servirá de prenda en garantía de las cantidades anticipadas por el factor al cliente, hasta donde se cubra, saliendo el cliente fiador por el resto.

224. Efectos entre el factor, el deudor originario y otros terceros

A los fines metodológicos hay que separar el momento en que opera la transferencia del crédito, de las formas de notificación.

Respecto del primer enunciado tiene importancia para el factor establecer un procedimiento seguro con referencia a la notificación al deudor originario del factoreado.

En cuanto al segundo supuesto, la notificación debe ser hecha por el factoreado utilizando diversas formas, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes: a) obligación del factoreado quien debe registrar en sus facturas una leyenda indicativa de que son cedidas al factor, mencionando nombre y domicilio de este último; b) que al momento de la transferencia, el factor entregue una carta-formulario al factoreado, indicando la cesión y con la firma del deudor cedido; c) remisión de un telegrama colacionado o bien confección de un acta notarial.

225. Efectos respecto de los acreedores del factoreado

Debe distinguirse el caso del embargo, de aquel otro del concurso o quiebra del factoreado (cedente).

En cuanto al primero, tendrá particular incidencia la fecha de notificación del embargo. Si el embargo fuere posterior a la notificación no produce efectos respecto del factor, pues el crédito habría salido del patrimonio del cedente. Pero si el embargo es anterior a la notificación es preferido con respecto al factor (cesionario).

En cuanto al segundo, las variantes a considerar se analizan sobre la base de que la notificación de la cesión se hubiera efectuado por acto público.

Conviene discurrir sobre varios supuestos: a) cesión efectuada antes de la cesación de pagos notificada durante el período de sospecha: la cesión será válida; b) cesión efectuada antes de la cesación de pagos pero notificada después del acto de quiebra: la notificación no tendrá efecto y los acreedores del concurso podrán oponerse; cesión efectuada durante el

período de sospecha: en principio, e) la cesión sería válida por no encontrarse incurso en los casos contemplados por el artículo 122 de la L.C. (actos ineficaces), pero podría sobrevenir la invalidez en función de lo dispuesto por el artículo 123 de la L.C., acreditándose de que el factor tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del factoreado.

226. Régimen jurídico aplicable

El contrato es inicialmente unilateral en cuanto que, por sí mismo, el factor no está obligado; lo estará con posterioridad, cuando hubiera manifestado su aprobación.

GARCÍA CRUCES se pronuncia contra el carácter bilateral por dos razones: (1) la que se ha dado en llamar *credit investigation* por parte del factor; (2) la configuración dada en el contrato al silencio del factor en cuanto se refiere a su ejercicio.

Una cuestión que se ha planteado es aquella referida a si la actividad mercantil del cliente debe mantenerse o no, existiendo diversas opiniones al respecto. El autor antes citado dice que el ejercicio de su empresa, por el cliente, no reviste el carácter de obligación, sino el de presupuesto de actuación del contrato.

El factoring es un contrato de adhesión previamente redactado por el factor y a cuyas condiciones generales el cliente presta su conformidad. Además, se trata de un contrato consensual que queda perfeccionado por la existencia del crédito cedido: en este caso, es adquirido inmediatamente por el cesionario (factor).

Hay una situación de exclusividad por parte del cedente en cuanto a los créditos que cede; el cliente se obliga a informar al cesionario de todo lo relativo al crédito cedido y de hacerle entrega de la documentación correspondiente.

Con referencia a la facultad de aceptación de los créditos por el factor, éste debe pronunciarse de manera definida por cuanto, en caso de incurrir en silencio, se entiende legalmente que los ha aceptado. GARCÍA CRUCES dice que en estos casos el factor deberá encuadrar su conducta dentro de parámetros de objetividad, lo que pareciera razonable sí pudiera determinarse, concretamente, esa conducta “objetiva” del interesado.

En todo caso, nos parece que se trata de una cuestión manifiestamente casuista.

Se discute si el factor tiene facultad de revocación de su decisión original dentro de la globalidad del factoring. En la práctica, la solución más aceptable se orientaría hacia la vigencia de *plafonds* de aceptaciones por parte del factor, de tal manera que tal medida (si así pudiera llamársela) pueda ser restringida con posterioridad a una decisión original.

Para legitimar el pago hay que notificar la cesión al deudor cedido. La cláusula más habitual es aquella que reza “pago al factor” estampada en la correspondiente factura a la parte obligada para el pago. Esta notificación debe ser unívoca e idónea para que pueda producir efectos legales.

El derecho a la información contable por el factor se conecta de manera manifiesta con lo que se considera como “secreto contable”, a modo de expresión de una cierta reserva con que debe contar el comerciante o empresario en el ejercicio de su actividad. Para nosotros, más allá de las consideraciones que GARCÍA CRUCES formula respecto al derecho de su país, se trataría de una cuestión casuista en cuanto que el factoring puede interferir -o no- con esa reserva a la que se aludiera en el párrafo anterior. En tal caso, como una regla general, debería señalarse que ese derecho del factor a la información contable no puede lesionar derechos de terceros. En cuanto al derecho del factor -en relación con las informaciones que pudiera recibir-, GARCÍA CRUCES alude a una regla de razonabilidad

(derivada del derecho español) con fundamento en acreditar un “interés legítimo” en tal circunstancia; hipótesis que consideramos viable por aquello de que el interés es el motor de las acciones en justicia.

Otro supuesto que analiza la doctrina es el relacionado con la influencia del crédito cedido impago en las relaciones entre el factor y el cliente.

La primera distinción que se formula, a efectos de este análisis, es de si se trata de un crédito ordinario o de un crédito incorporado a un título valor. Para el primero de los supuestos se prescribe otra división: si el factor asumió el riesgo de insolvencia no podrá accionar contra el cliente en el caso de falta de pago por el deudor. Si por el contrario la cesión fuera pro solvendo, el factor tendrá acción contra el cedente y contra el deudor, con sentido alternativo, o sea que no podrá accionar contra ambos.

“Si el factor acciona contra el deudor de su crédito cedido pro solvendo conserva la titularidad crediticia y la garantía del cedente. Si, por el contrario, acciona contra su cedente, el factor resuelve la cesión con las especialidades indicadas en punto al contenido económico de su reclamación.

Siguiendo su inspiración causalista el autor que estamos citando distingue, respecto de la transmisión de la cesión, dos grupos de acciones, según que incidan directamente en el crédito o en el contrato del cual el crédito cedido extrae su causa”.

El criterio seguido por la doctrina, en estas circunstancias, es que se transmiten las acciones declarativas y conservativas pero no aquéllas que fundamentan el título (que sirve de base al crédito), tales como las de nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución.

Una digresión se formula en tomo de la acción resolutoria, entendiéndose, en principio, que no se transmite. La cuestión se conecta con la ventaja que puede acumular el factor en el caso de que el crédito que se transmite se encuentre incorporado a una letra de cambio, por lo cual esta ventaja se traduce en el interés del factor en el empleo de ese título de crédito. Surge, en este supuesto, la posibilidad de dos clases de acciones causal y cambiaria sobre las cuales el autor español citado pasa a argumentar con las modalidades propias del derecho de esos países europeos; no es, precisamente, nuestro régimen en materia de ejecución cambiaria el que debe ser aplicado como derecho positivo y conforme con la jurisprudencia imperante en la materia.

La facultad de resolución del contrato, por el factor, ha sido motivo de controversia.

La noción que se analiza pretende vincularse con ciertas reglas del derecho bancario respecto de las cuales GARRIGUES (citado por GARCÍA CRUCES) insinúa el criterio germano de la kreditwürdigkeit del cliente; lo que pareciera ser adecuado en cuanto que la confianza en la operatoria bancaria es fundamental y decisiva para las partes.

No creemos que se deba apelar a tal variable por cuanto la resolución, en principio, deberá sustentarse en la justa causa. Lo que aquí sí prevalece es el sentido de “adhesión” que tiene el factoring por lo cual en el contrato-formulario se prescribe la resolución por una serie de conductas del cliente, sin que sea necesario el preaviso, tales como “en caso de incumplimiento de algunos de los pactos, quiebra (se agrega lo de situación extrajudicial análoga) o graves irregularidades en las operaciones comerciales y en la contabilidad”.

Como se aprecia, no poco.

227. Precedentes históricos

MOLLE cita a la horrea de la era imperial romana haciendo referencia a los grandes depósitos fortificados, de propiedad imperial o de los privados, en los cuales se alquilaban espacios de diversas dimensiones para la conservación de bienes de valor en previsión de incendios o robos.

El precedente es interesante en cuanto elimina del contrato la figura del depósito; pero prácticamente poco o nada tiene que ver con el contrato de nuestros tiempos.

Del escrupuloso secreto mantenido para la custodia en los primeros tiempos (siglo XVII) se pasó, sucesivamente, a modalidades operativas de mayor practicidad, iniciadas en cierta medida por organizaciones no bancarias, cuya finalidad principal era la de poner a disposición del público, para la custodia de valores, de espacios vacíos en recintos acorazados existentes en edificios construidos con ese propósito.

De tal modo que sólo en forma sucesiva los banqueros se dedicaron a ese servicio que, en líneas generales, puede decirse integra el conjunto de contratos bancarios (no en todas las legislaciones), habiendo sido considerado en tal sentido por el Código Civil italiano de 1942.

228. Naturaleza jurídica

En cuanto a este tema -como es habitual- se han expuesto opiniones discordantes, algunas fundadas, otras menos, tendientes por lo general a proveer un concepto unitario del instituto que dentro de su operatoria exhibe varias facetas no siempre concordantes entre sí.

Después de mencionar una cierta multiplicidad de opiniones, al respecto dice MOLLE: “Es que el banco no se limita, en el contrato, a asegurar el goce de una caja situada en determinado local, que presenta ciertas garantías por su construcción y ubicación. El banco, por ello, no garantiza simplemente la 'actitud' de custodia de la cosa locada, haciéndose responsable en la hipótesis que durante el curso del contrato se demuestre que la calidad de construcción y de solidez no subsistieron. El banco se obliga 'también' a una determinada 'actividad de vigilancia' que no puede hacerse ingresar en la obligación del locador de garantizar el goce pacífico de la cosa alquilada, por cuanto importa la 'predisposición' de un complejo de medidas por cuyo efecto los locales en los cuales se encuentra ubicada la caja están sujetos a vigilancia diurna y nocturna, sino que la propia apertura de aquélla está sujeta a un serie de limitaciones requirentes de la cooperación del banco, en posesión del cual se encuentra la llave de paso”.

En síntesis, opera una particular “actividad” del banco que exorbita la naturaleza meramente locativa del contrato, el cual se mueve acorde con las particularidades propias de este servicio bancario.

229. Definición

Es un contrato por el cual el banco cede a un tercero (generalmente cliente de la entidad), por un plazo determinado, el uso de una caja de seguridad, instalada en una dependencia especial del banco (habitualmente en un subsuelo, con acceso protegido y vigilado), mediante el pago de un precio, a fin de que el locatario deposite cosas, sin que éstas fueran

necesariamente de su propiedad.

230. Caracteres

(i) Consensual; (ii) por escrito: se firma un contrato; (iii) de plazo determinado; (iv) el banco, en principio, queda exonerado sobre el contenido de la caja; (v) en el contrato se individualiza la sección en que se encuentra ubicada la caja y su número; (vi) el contrato se extiende por duplicado, previo pago de la locación; (vii) en forma simultánea se hace entrega al cliente de dos llaves de la caja, quedando una tercera, como llave maestra, en poder del banco; (viii) en el contrato se hace mención de las cosas que pueden guardarse en la caja.

231. Obligaciones del banco

1) Entregar la llave y mantener el libre acceso. Se trata de la principal obligación del banco a fin de que la locación de la caja no quede en mera expectativa. El libre acceso será posible dentro del horario bancario que corresponda.

2) Prohibir el acceso de extraños. En algunas legislaciones se establece la obligación de entregar al locatario de la caja una credencial que deberá exhibir cada vez que acceda a la caja.

3) Conservar un duplicado de la llave. Esta obligación es mencionada por RODRÍGUEZ AZUERO para ciertas legislaciones que la prescriben, con la expresa finalidad de evitar tener que usar la fuerza para la apertura de la caja en los supuestos de pérdida de llaves por el locatario o, bien, para dar cumplimiento a alguna disposición judicial que pesa sobre el contenido. No es habitual en nuestra plaza.

4) Responder por la integridad de la caja. Comprende, fundamentalmente, las medidas para seguridad del recinto relacionadas no sólo para su mantenimiento en relación con los peligros que pudieran acaecer (incendio, inundación, humedades, etcétera), sino, también, para permitir el acceso sólo a los titulares de la locación.

5) Responder por los daños que sufran los clientes. En general se considera que la obligación del banco es de resultado; la doctrina es conteste en el punto. A partir del solo hecho que las cosas depositadas en la caja han sido robadas o se encuentren deterioradas, se presume la culpa del banco. Éste no puede exonerarse de culpa salvo que aporte la prueba de una causa extraña que no le fuera imputable: fuerza mayor, culpa de la víctima, etcétera. La jurisprudencia extranjera en la materia acusa una tendencia restrictiva en la interpretación. En Francia se ha fallado lo siguiente: Si ha sido juzgado que la orden dada por el ejército de ocupación de abrir una caja de seguridad constituía un caso de fuerza mayor, en contradicción con ello ha sido resuelto que ni las circunstancias de la guerra ni las órdenes dadas por las tropas al tiempo de la liberación pueden exhibir esos caracteres. Teniendo en cuanto el carácter secreto del depósito, la prueba del perjuicio es extremadamente difícil de establecer. Sólo quienes utilizan la caja conocen su contenido y ello, aun, es relativo por consideraciones de hecho. En general la jurisprudencia francesa citada por RÍVES LANGE et al se ha mostrado reticente en admitir esta prueba.

Algunos contratos preceptúan cláusulas de irresponsabilidad del banco en estas situaciones. Pareciera obvio señalar que las mismas no pueden descartar la obligación de supervisión,

que es de la esencia del contrato. Si su validez no pudiera ser contestada, se considera que sus efectos tienden a exonerar al banco de su culpa leve, pero no de su culpa grave.

232. Obligaciones del cliente

- 1) Pagar la suma convenida de locación. El incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a la terminación del contrato y a la apertura de la caja, en determinadas circunstancias.
- 2) Cumplir con los reglamentos del banco en la materia.
- 3) No guardar cosas que pongan en peligro la caja.
- 4) Devolver las llaves a la terminación del contrato.

233. Finalización del contrato

La doctrina señala la posibilidad de rescindido sin lo que se encuentra expresamente establecido, por ejemplo por las Normas de la Asociación de Bancos italiana, en su artículo 8º, mediante la correspondiente notificación al cliente dándole un preaviso y restituyendo la parte proporcional del precio pagado por éste, en función de la duración del contrato. MOLLE se muestra cauteloso en la justificación de la mencionada, citando a otro autor, LORDI, el que alude a cierto peligro en el acceso al tesoro bancario. Aquél tratadista entiende que el banco deberá tener razones bien fundadas para adoptar una conducta extrema, como la antes señalada, en perjuicio del cliente. Consideramos que se trata de una cuestión de hecho (como en la mayoría de las circunstancias de este contrato) dependiente de las pruebas a aportarse por la entidad bancaria.

234. Tipos de locaciones

La doctrina señala que la locación puede hacerse a un titular o a varios; en este último caso, podrá ser una locación recíproca o indistinta o bien, conjunta o solidaria. En estos supuestos, para la hipótesis de fallecimiento de alguno o algunos de los titulares rigen las reglas de protección de derechos de herederos y legatarios, cuya presencia para la apertura de la caja era indispensable, salvo que se hubiera designado albacea. El contrato no se rescinde por la muerte de uno de los locatarios; pero para su continuación será necesario contar con la voluntad del o de los sobrevivientes, además de los herederos del difunto.

235. Embargo de la caja

BOLLINI SHAW et al , siguiendo la opinión de otro autores nacionales, sostienen que los acreedores del titular de una caja de seguridad tienen derecho a embargar las cosas depositadas en ella. Se trataría, a nuestro entender, de una hipótesis bastante remota por cuanto en la práctica el deudor habría tomado sus precauciones en caso de ejecución. Naturalmente que el banco tiene derecho de preferencia sobre el pago de la locación de la caja.

Sin mayores explicaciones, estos autores sostienen que “el banco (siendo) detentador de las cosas depositadas en la caja que tiene en custodia, puede ser obligado a poner la caja y su contenido a disposición de la justicia”.

No obstante los antecedentes que se mencionan, sin cita previa (ZAVALA RODRÍGUEZ y MALAGARRIGA), no se nos ocurre que fuere una solución conforme al derecho; la custodia de la caja por el banco no implica tenencia de la misma y en todo caso esa custodia es sobre la “caja”, no sobre su “contenido”, respecto del cual el banco es totalmente ajeno: la privacidad es uno de los sustentos de esta locación tan particular.

236 Locación de caja de seguridad. Jurisprudencia extranjera

Tribunal de Milano - Sentencia del 18 de enero de 1990

“FALCIOLA y CASALE cIBanca Provinciale Lombarda s.p.a.”, en BBTC, 1991, fasc. VI, sec. Jur., págs. 765 y sigs.

Fallo: En el servicio bancario de las cajas de seguridad el banco no responde por los acontecimientos imprevisibles, extraordinarios y excepcionales, entre los cuales no está comprendido el hurto perpetrado con la complicidad de los encargados de la vigilancia. La cláusula contractual que limita la responsabilidad a un importe prefijado es nula en cuanto excluye el dolo o culpa grave del banco y en las hipótesis en las cuales el hecho del mismo o de sus auxiliares constituye violación de las obligaciones que derivan de una norma de orden público.

Con nota de SEPE, M. “Incidenza del fortuito' nei contratti di sicurezza”.

Se considera legalmente que en este contrato no es suficiente, por parte del banco, la diligencia del buen padre de familia.

En este servicio bancario, el carácter técnico de la diligencia a ejercitar, la relevancia económica de los intereses comprendidos y la condición general de peligro conexas a la actividad bancaria, a dirigir la atención no hacia soluciones intermedias sino mejor atención de los intereses de quien utiliza el servicio. En este sentido se orienta una reciente jurisprudencia que pone a cargo del banco la obligación de adecuar el aparato de seguridad contrabalancear el progreso de las técnicas delictivas.

La noción de lo fortuito se presenta dificultosa y, en general, la doctrina no ha podido superar más que consideraciones casuistas al respecto.

Si bien se hacen referencias a ciertos artículos del Código Civil italiano, el comentarista entiende encontrar la respuesta a la responsabilidad del banco en su carácter objetivo o sine culpa.

No aparece una certeza interpretativa sobre el contrato. Lo que sí podría valorarse es que debernos apreciar predominantemente el riesgo de empresa contractual más que el valor del contenido de la caja de seguridad. Quizá la declaración del valor del contenido -como se exige en Italia- opere mejor a los efectos de su aseguración con un tercero, por el banco.

237. Antecedentes

Dentro de las llamadas operaciones bancarias “accesorias” -no fáciles de definir habida cuenta de su desarrollo en los últimos tiempos de la actividad bancaria- nos encontramos con el mencionado depósito de títulos, que se distingue del depósito bancario (en sentido estricto), al que nos hemos referido supra en el Capítulo VI.

La mención de depósito “en custodia” ha sido considerada pleonástica por cierta parte de la doctrina: pero aun admitiendo que esta característica está implícita en todo depósito, debe decirse que posiblemente se ha querido refirmar esta modalidad particular de la gestión bancaria.

En una primera clasificación (si cabe, considerando todo lo incierto que hay en los intentos clasificatorios) considerando los llamados depósitos abiertos, puede hacerse lugar a dos subclases: una, referida a aquellos de “simple custodia”; la otra a aquellos depósitos “en custodia y administración”, a la cual se vincula el depósito de títulos, que pasaremos a tratar.

Dejando de lado apreciaciones históricas del instituto -de verosimilitud más o menos dudosa- puede compartirse aquella opinión que sostiene la aplicación práctica de este depósito a partir de la segunda mitad del siglo XIX, correlativamente con la aparición de emprendimientos más o menos importantes en la actividad, lo que hiciera posible la satisfacción de necesidades de los clientes, particularmente, de inversores.

En general puede decirse que las dos clases de depósitos antes citadas han sido involucradas como contratos bancarios; pudiendo citarse como mención específica, en ese sentido, al Código Civil italiano de 1942.

238. Naturaleza jurídica

Como habitualmente ocurre, en tomo de esta -muchas veces imprecisa- “naturaleza”, emergiendo las nociones de custodia, por una parte y de “administración”, por la otra, la cuestión ha sido discutida.

“Con la prestación de custodia, que se encuadra en la figura del depósito regular, concurre asimismo una prestación de gestión, que se enmarca en la figura del mandato”.

Según una primera opinión (posiblemente más antigua), la obligación gestoria tendría un carácter secundario dado que el depositario la asume accesoriamente a la obligación principal de custodia: de esta manera nos encontraríamos ante un depósito calificado o sui generis. Habría, asimismo, una cierta diferencia entre una gestión circunstancial o intermitente y una custodia, que es de carácter permanente.

Otra opinión, divergente de la anterior, prioriza el elemento gestorio en el contrato, considerando que lo que las partes buscan de modo principal no es la conservación de los títulos, sino su administración por el banco.

En nuestro derecho se invoca el artículo 579 del Código de Comercio: debe regirse por las leyes, estatutos o reglamentos de la institución. En su defecto, se aplican los usos bancarios; luego el Código de Comercio y por último las normas del Código Civil sobre depósito en general.

SANTILLÁN, en el trabajo citado, sostiene que se trata de un contrato de adhesión; lo cual debe ser ponderado con la debida reserva, habida cuenta de toda la controvertida materia que este tipo de contratación, implica. Además, no compartimos, en principio, la afirmación de ese autor en el sentido de que las “condiciones generales” de los contratos significan o apuntan a un derecho consuetudinario (?).

Es un simple depósito regular (art. 2188, Cód. Civ.). Los títulos a depositarse pueden ser emitidos en masa o en serie; pueden ser singulares o individuales, nacionales o extranjeros. El autor nacional citado dice que, en definitiva, el depósito de valores en custodia, en nuestro país, equivale al “depósito en administración” de las doctrinas francesa a italiana. La doctrina, en general, se inclina por considerarlo un contrato real. No es preciso que se transfiera la propiedad de los títulos por tradición, endoso o inscripción en los registros sociales. Ello no obsta a que, si el cliente lo desea, pueda transferirse hasta la propiedad; pero ello no convierte al depósito en irregular pues el banco debe devolver los mismos títulos, no similares.

239. Obligaciones de las partes

Tratándose de una materia en la que prevalece el contenido del depósito -títulos bancarios (si así puede denominárselos)- resulta manifiesto que se vincula a las condiciones locales vigentes en cada plaza.

Comenzando por las obligaciones del depositario –banco- BOLLINI SHAW et al señalan las principales obligaciones de guarda y custodia de los títulos, llevando a cabo todos los actos de administración que fueren necesarios para su conservación; obviamente, el banco deberá restituir los títulos a su cliente cuando éste los solicite.

Por aplicación del artículo 2208 del Código Civil, el banco no puede usar los títulos en provecho propio pero, sí, en beneficio ajeno. También se cita el artículo 2218, por el cual el banco tiene derecho de retención sobre los títulos, si el cliente no pagara la comisión pactada.

Un punto que puede ser materia de controversia es el que mencionan los autores citados, cuando sostienen que el banco actúa como fiduciario: “Tiene –dicen- la propiedad de los títulos, pero reconoce que el verdadero propietario es el depositante y sólo hace uso de ese dominio fiduciario para el cobro de los dividendos, en gestiones inherentes a la administración de los títulos...”

Como lo veremos en otro capítulo, al hablar sobre fideicomiso, es dudoso afirmar que este instituto haya sido receptado por nuestro derecho, no obstante la importancia e influencia que puede haber tenido en otras legislaciones.

En líneas generales, entendemos que el banco no se constituye en fiduciario, cuando recibe los títulos en depósito, entregados por su cliente. En tales circunstancias opera una mera tenencia -con fundamento algo ambiguo en custodia, más gestión- que proporciona vía libre a derechos y obligaciones respecto de la administración de esos papeles de comercio.

El banco debe ser diligente en el cuidado de esos títulos debiendo llevar a cabo todas las operaciones necesarias y suficientes para una correcta y adecuada administración de los mismos so pena, en caso contrario, de responder por daños y perjuicios, al depositante.

La jurisprudencia local ha responsabilizado al banco en el caso de haber actuado sin consulta previa al cliente, realizando una operación que, en definitiva, fue la menos conveniente para este último.

Otros aspectos fueron resueltos por la jurisprudencia local, en el caso que mencionamos en nota 4 de este capítulo “De conformidad a los usos y costumbres de la práctica bancaria, en el caso de una suscripción de acciones, los bancos solicitan instrucciones por escrito al cliente que ha depositado las acciones, acerca de si va o no a suscribir y en el supuesto de

que no haya una contestación positiva, los cupones -en caso de que las acciones se coticen en bolsa- son vendidos en ésta”.

“El depósito abierto de títulos no incluye, salvo instrucciones expresas del cliente, que el banco asuma la obligación de suscribir todo incremento de capital, en nombre de aquél”. Un aspecto controvertido de la cuestión es el de determinar la responsabilidad del banco en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Hay un fallo de la CNCom, que así lo entiende, en un decisorio cuestionable que ha merecido la crítica de BOLLINI SHAW et al, la que compartimos por aplicación de los principios generales de derecho.

240. Resguardo

En el resguardo bancario se detallan los títulos entregados y la operación realizada. En principio, no es transferible, ni cesible, ni endosable.

Es un documento probatorio; ni constitutivo, ni dispositivo. No es absolutamente necesario para el cumplimiento de la operación bancaria, por cuanto el banco se reserva el derecho -o no- de su presentación. SANTILLÁN aclara que se es propietario de los títulos per se, no por el resguardo. Opina, asimismo, que los títulos deben ser entregados al depositante, aun sin la presentación del resguardo.

Haremos una síntesis de la exposición de este autor nacional, quien ha tratado el tema en detalle:

“El banco no puede usar la cosa depositada ni puede entregarla en depósito a otro sin consentimiento del depositante. Pero en casos de urgencia, se podría ejercitar la custodia de un modo diverso al convenido, dando el aviso al depositante, de inmediato que le fuere posible”.

Asimismo, puede custodiar el depósito en el lugar que considere más conveniente. Si el traslado es para evitar un peligro inminente, los gastos son a cargo del depositante.

“La onerosidad del depósito bancario de títulos comporta la obligación por el depositante de abonar los derechos o tasas de custodia. Conforme al artículo 2217 del Código Civil, el banco tiene derecho a retener los títulos hasta el pago total de lo que se le debe en razón del depósito. Naturalmente que para esta retención se hace necesaria cierta conexidad entre crédito y débito, no siendo posible retener el depósito por otras razones en la relación con el depositante”.

En cuanto a las “condiciones generales” que se insertan al dorso de los resguardos, caben las siguientes consideraciones:

1) El resguardo es intransferible. La duda que, doctrinariamente, se plantea en torno de los “usos bancarios” nos parece que debe resolverse a favor de éstos, que exhiben una polivalencia superior al depósito en sí mismo.

2) El banco se encarga de cobrar dividendos e intereses: pero puede quedar exonerado de tal obligación, en el clausulaje. SANTILLÁN critica esa cláusula exonerativa al sostener que debe tener la diligencia de “buen padre de familia”: nos inclinaremos -mejor- al concepto empresarial que debe privar en el quehacer bancario.

El autor citado, además de la no exoneración del banco por dolo o culpa grave, le endosa también su responsabilidad en el supuesto de culpa leve del banco. La invocación que se hace basándose en equidad y moral es, por lo menos, cuestionable, desde nuestro punto de vista.

- 3) En el supuesto de corte de cupones, para una determinada suscripción, el banco puede asumir una conducta anticipatoria a fin de cumplimentar ese requisito. Lo anterior se complementa por la obligación del banco de comunicar a su cliente-depositante la suscripción de acciones que fuera ofrecida por la sociedad emisora.
- 4) Se establece que en caso de venta, retiro, sorteo o canje de títulos, el resguardo es nulo y sin valor; lo que es considerado como excesivo, por alguna doctrina.
- 5) El banco se exonera convencionalmente en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Tampoco asume la representación del depositante, si los títulos son robados o perdidos.
- 6) Se establece la posibilidad de modificación de las condiciones generales o tarifas aplicables, con un preaviso de treinta días.

CAPÍTULO XVI FIDEICOMISO

241. Antecedentes

El tema es bastante complejo en sí mismo, quizá más en su consideración doctrinaria que en su vis práctica, que es la que nos interesa de acuerdo a la finalidad de esta obra. Sin embargo, el hecho de contar con una normativa nacional limitada a lo que surge de la ley 21.526, de entidades financieras (a la que nos referiremos más adelante) y carecer de una legislación específica como ocurre en otros países latinoamericanos (de modo principal, Colombia y México), hace más controvertida una exposición centrada del tema que, por lo demás, revela muchas facetas de aplicación.

242. Naturaleza jurídica

Con el más y el menos de este aspecto, en los diversos institutos jurídicos, en el caso de algunos derechos positivos latinoamericanos, como los de los países antes mencionados, se han hecho interesantes esfuerzos para separar el instituto del trust anglosajón. No obstante, es conveniente hacer alguna referencia, aunque sea esquemática, a este derecho extraño a nuestro pensamiento continental (por oposición al anglosajón), pero en el cual el instituto ha tenido, luego de múltiples contingencias históricas, una evidente repercusión en el desarrollo del comercio.

“El sistema de los trusts o fideicomisos angloamericanos de la época moderna -nos dice RABASA- está fundado en los mismos principios generales del derecho-equidad que el régimen de los “usos” antes de la ley (inglesa) que lleva su nombre... (se reconoció) desde un principio que el uso y el trust, esencialmente, no son sino dos nombres para una misma cosa, con la única diferencia... de que en tanto que el 'uso' nunca fue considerado como un derecho real propiamente sobre los bienes (respecto de los cuales) se constituía, sino más bien como un convenio por virtud del cual el fiduciario y sus causahabientes se obligaban personalmente para con el fideicomisario y quienes lo sucedían en su derecho, el trust se equipara a un patrimonio real y el fiduciario es sólo el instrumento para la disposición del objeto del fideicomiso; de suerte que éste no puede recibir en ningún caso un provecho, fuera de la retribución de sus servicios y el fideicomiso está íntimamente ligado con la

propiedad en derecho. Así que salvo esa diferencia... la institución sigue siendo igual. “Como los antiguos 'usos', los trusts pueden asimismo constituirse mediante dos segregaciones del dominio pleno; ya sea traspasando el título legal a determinada persona o sin ningún traspaso, separando el llamado 'patrimonio equitativo', fundado en el derecho-equidad, del 'dominio legal' apoyado en el common law y convirtiéndose al primitivo propietario de pleno derecho en el trustee o fiduciario del propio bien, en favor del fideicomisario designado por el mismo... Ejercitado el acto de enajenación conforme a los requisitos legales, el 'dominio' legal lo recibe el trustee en fideicomiso, para el cestui que trust o fideicomisario, quien adquiere el 'dominio equitativo'.

La 'ley' y la potestad de los tribunales de derecho sólo se ocupan de la propiedad 'legal'... Frente al fiduciario o propietario 'legal', el fideicomisario... ocupa el lugar de un detentador a quien el titular 'permite' la tenencia material de la cosa...

Pero el derecho-equidad... y los tribunales que ejercen esta jurisdicción, aun cuando reconocen al fiduciario como 'propietario legal' de los bienes y tenedor del título de dominio, lo colocan en la posición de subordinado absoluto a los derechos del 'propietario equitativo'... Este último recibe los frutos y puede disponer de su propiedad en los términos en que está previsto en el acto constitutivo correspondiente...

De esta suerte en el fideicomiso angloamericano hay a la vez dos títulos de propiedad sobre los mismos bienes, que subsisten concurrentemente: el 'legal' y el 'equitativo', regidos respectivamente por los dos grandes sistemas de 'ley' y 'equidad', de que está compuesto (ese derecho); pero en el concepto de que el dominio de 'derecho' se tiene siempre supeditado al dominio de 'equidad'.

“... Puesto que el 'derecho-equidad' es supletorio del derecho común anglosajón y en todo aquello no previsto expresamente por sus propias reglas sigue los principios generales de ese derecho, el dominio que en los fideicomisos corresponden a los fideicomisarios es una propiedad en sí misma, de la misma naturaleza intrínseca y extrínseca que la establecida por la ley formal”.

Esta constituye una síntesis del pensamiento legal con referencia al fideicomiso angloamericano.

Ahora bien: visto el instituto, en general, desde otra perspectiva, podemos transcribir lo que nos dice DE LA PEZA: “El fideicomiso es, ante todo, la afectación de bienes a un fin y un encargo de confianza a una entidad profesional”.

Tenemos así la exteriorización de un negocio subyacente, siempre vinculado al instituto, acompañado por una relación de confianza que enmarca la figura del fiduciario.

El citado autor realiza a continuación un esfuerzo sistemático para separar el fideicomiso del negocio fiduciario. “El fideicomiso –agrega-, aunque se ha considerado en sus orígenes como una especie de negocio fiduciario en realidad, con su evolución, llega a separarse de este concepto y a volverse un negocio simple, un negocio típico, no la superposición de dos actos jurídicos diferentes aunque vinculados entre sí, como se da en el negocio fiduciario, sino un negocio típico consistente en la afectación de un bien o un derecho o un conjunto de bienes o derechos, a la realización de un fin lícito y determinado y el encargo a un tercero -el fiduciario-, de la realización de ese fin”.

Más adelante expresa: “En el fideicomiso lo que sucede es precisamente que el derecho ha evolucionado lo suficiente para que frente a ese derecho y por el mismo derecho, para la consecución del fin que se persigue, no sea necesario el empleo de medios excesivos o exorbitantes, sino que el medio empleado sea adecuado al fin que se persigue: esto es, las facultades que se otorgan al fiduciario sean única y exclusivamente aquellas necesarias para

el cumplimiento del fin”.

Con fundamento en el derecho positivo de su país (México), se dice que cuando se hubiera dictado una ley específica sobre el particular, no se hace necesario ingresar en las distinciones que emergen del derecho angloamericano, antes transcripto. “El fideicomitente, al constituir el fideicomiso, realiza un acto de dominio... (disponiendo) de sus bienes para que en lo sucesivo queden afectados a un fin. En ese momento agota su derecho de propiedad y, consecuentemente, los bienes salen de su patrimonio. Este agotamiento puede no tener contrapartida alguna, de tal manera que prescinda total y definitivamente de los bienes afectados o puede ser que se reserve derechos de distinta naturaleza, siempre que sean compatibles con el fin propuesto...: en este supuesto, tales derechos estarán en su patrimonio en sustitución del bien que tenía en propiedad y serán derechos adquiridos por causa del fideicomiso”.

“Estos derechos subjetivos que nacen a su favor ex causa fideicommissi son sustancialmente distintos del derecho de propiedad y tienen su apoyo en la Ley del Fideicomiso, que puede considerarse integrada por las normas propiamente legales y por el acto constitutivo del fideicomiso, en la medida que realiza el presupuesto de tales normas” Otro autor, que ha estudiado acabadamente el tema, ZEPEDA señala como punto saliente de discusión el concepto y regulación de la propiedad, frente al fideicomiso.

Haciendo un giro conceptual interesante este doctrinario determina, en última instancia, la prevalecencia del elemento económico por sobre el jurídico, de la cuestión.

“Los bienes -dice- salen de la esfera patrimonial del fideicomitente en la medida que éste así lo desea: pero no pasan a ser propiedad, en el sentido romanístico tradicional, del fiduciario; ya no pertenecen al fideicomitente, pero aún no corresponden en propiedad al fideicomisario”.

“El fiduciario, en cambio, tiene la titularidad, la facultad de disponer de esos bienes”.

Lo importante finca en la transmisión de titularidad porque el fideicomiso produce la consecuencia inmediata e indiscutible de la transmisión que el fideicomitente hace en favor del fiduciario, del título de disposición de los bienes fideicomitados.

243. Nuestro derecho

El instituto fue inicialmente receptado por la ley 18.061, pasando más tarde a ser considerado en la actual ley 21.526, autorizando a los bancos comerciales (art. 21), a los bancos de inversión (art. 22, inciso g) y a las compañías financieras (art. 24, inciso i).

Al respecto se realizaron dos seminarios, uno promovido por el Banco de la Nación Argentina (1980) al que concurrieron varios especialistas mejicanos y el segundo por Alide y el Banco Santafesino de Inversión y Desarrollo (Rosario, 1983). Tuvimos oportunidad de asistir a ambos.

Además, a comienzos de 1985 se presentó un Anteproyecto de Ley de Fideicomiso por vía del, entonces, Ministerio de Educación y Justicia.

La doctrina nacional reconoce un valioso aporte de M. A. CARREGAL, en su obra El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas (1982); de H. BENELBAZ, “Fideicomiso bancario”, en RDCO, 1973, págs. 425 y sigs. y más recientemente (1990) de C. BOLLINI SHAW y E. J. BONEO VILLEGAS en su obra citada (págs. 431 y sigs.); diciendo estos últimos que si bien “no se cuenta con una regulación específica del instituto no se encuentra obstaculizada su realización, atento la definición que del dominio

fiduciario nos brinda el Código Civil, por medio de su artículo 2662". Esta última opinión es la básica de CARREGAL, en su obra citada, el que agrega lo siguiente: "Nuestro Código Civil legisla sobre el dominio fiduciario en el Libro III, Título VII, respecto del "Dominio imperfecto". Menciona tres casos: el revocable, el fiduciario y la nuda propiedad. El dominio fiduciario es un dominio imperfecto. Por nuestra parte -continúa- interpretarnos que si la ley ha reconocido la categoría de dominio a aquel que está afectado al cumplimiento de un plazo resolutorio, no tenemos porqué negársela en base a una supuesta fidelidad al indiscutible atributo de la perpetuidad que le asigna la doctrina tradicional... Ahora nadie parece sostener esa teoría".

Opinión más o menos similar a la precedente es la contenida en el párrafo IV del referido Anteproyecto nacional cuando dice: "el fideicomiso no está específicamente reglamentado en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no impide que tenga cabida válida en él dado que el margen que brinda el principio de autonomía de la voluntad consagrado por nuestro Código Civil representa suficiente basamento jurídico, sin olvidar que el artículo 2662 de dicho cuerpo legal le presta considerable apoyo al reconocer como institución jurídica válida el dominio fiduciario contenido en un fideicomiso singular".

Nuestro punto de vista, quizá pragmático, después de haber escuchado los argumentos vertidos en los dos Seminarios citados y, especialmente, el sentido de realidad de lo expuesto por los juristas mejicanos nos está indicando que más allá de que, doctrinariamente, pueda discutirse la acogida -o no- del fideicomiso en nuestro derecho, se haría indispensable la sanción de una ley específica, considerando la trascendencia y proyección que tiene o puede tener el instituto.

La autonomía de la voluntad... está bien: pero es insuficiente cuando se ponderan los cuantiosos intereses que pueden estar involucrados en lo multifacético del fideicomiso -no olvidarlo- que ha posibilitado su desarrollo en medida tan interesante como ha ocurrido en Colombia y México, dentro de las legislaciones sancionadas en lo que se conoce como "derecho continental".

A continuación vamos a hacer un repaso del derecho positivo específico de las dos naciones citadas, siguiendo la lúcida exposición de ZEPEDA.

244. Efectos de la constitución del fideicomiso

Con independencia de la transmisión de la titularidad, como se ha dicho, rige también un capítulo de limitaciones a esa transmisión, derivadas de la ley o del convenio.

- 1) El fiduciario no adquiere para sí: es muy importante la vigencia de contabilidades separadas, a tal efecto.
- 2) El fiduciario no puede actuar ultra vires en el sentido -tripartito- que este marco de facultades viene precisado por la ley, por la voluntad de las partes y por las circunstancias propias de cada fideicomiso.
- 3) El fideicomitente puede hacer reserva de sus derechos o acciones respecto de los bienes fideicomitados.
- 4) No pueden perjudicarse los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso.
- 5) Existe la posibilidad de que se pacte la revocabilidad del fideicomiso; sin perjuicio de que ello implicare una limitación en la transmisión de la medida.
- 6) El tema de embargabilidad tiene sus aristas riesgosas. En principio, los bienes fideicomitados quedan exentos de ser embargados dada la relación en que se encuentran

respecto al fideicomitente y al fiduciario. Respecto de este último, no obstante lo antes expuesto, puede trabarse el embargo si las obligaciones son consecuencia del cumplimiento de los fines de un fideicomiso. Aclárase que en este supuesto la ejecución no es, estrictamente hablando, contra el fiduciario o sus bienes, sino sobre el patrimonio autónomo que integra la masa fiduciaria.

245. Fines del fideicomiso

El autor cuya exposición seguimos dice: “El fideicomiso no tiene fines sino un solo fin, que es la realización de un negocio subyacente”.

Todo gira en derredor de esta subyacencia negocial que no permanece oculta sino que puede considerarse como el factor desencadenante de la institución fideicomisaria.

Agrega más adelante el autor citado “que si el fideicomiso tiene por fin la realización, mediante una operación mecánica flexible -muy propia del estilo bancario- de cualquiera de múltiples actos o contratos de los que tradicionalmente conocemos, las características que la ley atribuye a los fines no pueden corresponder sino a los negocios subyacentes, de suerte que, inclusive, la expresión de la ley debería haberse enunciado en singular: el fideicomiso tiene un solo fin directo e inmediato; los negocios subyacentes pueden ser múltiples”.

246. Sujetos

Se analizan a continuación los derechos y obligaciones de las tres partes operativas en un fideicomiso.

a) El fideicomitente es el que constituye el fideicomiso: transmite la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario y al mismo tiempo contribuye a la creación del patrimonio autónomo, con ellos, al efectivizar su desapropiación.

La capacidad del fideicomitente opera ya en derecho privado cuanto en derecho público. Inclusive se habla de la constitución de un fideicomiso por un juez cuando ello hubiere lugar en cumplimiento de sus funciones: por ejemplo, el caso de un juez de familia quien, mediante la constitución de un fideicomiso se sustituye a quien ejerce la patria potestad de un menor, en el supuesto de que esa persona se negare a suscribir los documentos necesarios para un fideicomiso, estableciendo una renta a favor del menor.

En punto a sus obligaciones el fideicomitente deberá realizar todo lo necesario y suficiente para la tradición de los bienes al fiduciario o el endoso de los títulos nominativos o a la orden o el otorgamiento de las escrituras públicas que se correspondan. Además, deberá pagar los honorarios convenidos al fiduciario.

En cuanto a sus derechos posee todos aquellos que se hubieren establecido al constituirse el fideicomiso y que fueren compatibles con los de las otras partes (fiduciario y fideicomisario); la ley colombiana adopta una expresión característica, al respecto, diciendo siempre que no contradigan la esencia de la institución.

Los derechos del fideicomitente llegan hasta la instancia de revocación del fideicomiso, en cuyo caso los bienes volverán al poder de aquél o de sus causahabientes; sin embargo las legislaciones mencionadas autorizan en forma expresa la constitución de fideicomisos irrevocables.

b) El fideicomisario es el sujeto que recibe los beneficios derivados del cumplimiento del fideicomiso.

Como variante del punto están, aquella según la cual el fideicomisario puede ser el mismo fideicomitente y aquella otra de que puede haber varios fideicomisarios, a la vez.

Su capacidad es la de goce.

c) Con referencia al fiduciario, la explicación del autor que estamos siguiendo hace una distinción en las legislaciones antes mencionadas señalando la particularidad de la legislación mercantil colombiana, así como la de México (al exigir) que el fiduciario sea una sociedad autorizada o un establecimiento de crédito que tenga concesión para ejercer funciones bancarias.

Este aspecto lo consideramos esencial en cuanto hace al contralor del instituto.

Las legislaciones citadas disponen que el fiduciario debe de actuar como un buen padre de familia, en un caso o con diligencia, en otro. Se trata de expresiones harto discutibles en cuanto a su significado en sí mismas; pero, en general, la doctrina las ha referido a circunstancias en las que el fiduciario hubiera actuado bien o mal, dentro del caso.

Otro aspecto que se debe señalar es el referido al secreto (diríamos, técnico) que debe cumplir el fiduciario con referencia a las operaciones que le fueren adjudicadas.

Dentro de los derechos del fiduciario cabría recordar que el patrimonio fideicomitado es autónomo, careciendo de personalidad jurídica. Es el fiduciario el que actúa con su propia personalidad como institución autorizada para realizar las operaciones de que se trata.

Con respecto a la personería el que actúa es el propio fiduciario, como titular del patrimonio autónomo.

El punto referido a la renuncia del fiduciario se entronca, en principio, con la irrenunciabilidad de su cargo, salvo por consideraciones de “culpa grave”.

El autor citado hace referencia -no obstante lo anterior- a casos originados en México con motivo de fusiones de instituciones bancarias, por lo que hubo de recurrirse a soluciones particulares a fin de evitar que una de ellas, como fiduciaria, hubiera de pasar a ser beneficiaria del fideicomiso, en contravención con lo dispuesto por ley.

Las causas de remoción del fiduciario hacen a una conducta impropia de éste, cuando no hubiera rendido cuentas de acuerdo al acto constitutivo del fideicomiso o bien, incurriendo en culpa grave.

La ley colombiana es más detallista, al respecto, pormenorizando diversos actos de una conducta que se considere inadecuada para el fiduciario.

En cuanto a su responsabilidad lo delicado de las funciones del fiduciario hace que deba responder aun por culpa leve (el buen padre de familia). Se considera que debe llevar a cabo todos los actos necesarios y suficientes para el cumplimiento de los fines del fideicomiso sin, por ello, actuar ultra vires.

247. Modalidades

Tanto la constitución como la extinción de un fideicomiso pueden quedar sujetas a la realización de hechos futuros e inciertos, es decir, a condiciones suspensivas o resolutorias, según el caso.

En materia de condición suspensiva, la doctrina menciona varios ejemplos: pago del precio por el fideicomisario para que el fideicomitente resulte obligado a constituir un fideicomiso traslativo de propiedad; concesión de un crédito al fideicomitente para que éste se

encuentre obligado a constituir un fideicomiso de garantía; otorgamiento de permisos por la autoridad, para realizar obras, etcétera.

Con referencia a la condición resolutoria el fideicomiso puede extinguirse al ser cumplida dicha condición. Se citan como casos aquel en el cual el fideicomitente pagare sus deudas, con lo cual quedaría extinguido el fideicomiso u, otro, más complejo: la constitución de un fideicomiso de acciones con el fin de que sean transmitidas al fiduciario y éste pudiera votar en el acto asambleario; si por cualquier circunstancia quedara alterada la estructura de capital de la sociedad emisora, el fin del fideicomiso quedaría desvirtuado por lo que podría funcionar la condición resolutoria pactada.

El plazo de duración de un fideicomiso conforme a las legislaciones que se comenta es de veinte a treinta años, máximo; pero esta limitación legal queda sin efecto si el negocio subyacente al fideicomiso tuviera una finalidad de utilidad común o fuera constituido para la beneficencia pública o en favor de incapaces.

248. Nulidades

Este tema, de por sí complejo y controvertido, en general, es quizás más aún en el caso del fideicomiso.

Dada la prevalencia de lo subyacente en el instituto -como se ha dicho- son nulos los fideicomisos cuando pretenden constituirse sobre la base de un negocio ilícito.

Los fideicomisos secretos están prohibidos en las dos leyes mencionadas. Este secreto puede ser entendido en dos sentidos; pero tanto subjetivamente, cuando se trata de ocultar al fiduciario, como objetivamente, cuando lo que se trata de ocultar es la operación subyacente, el fideicomiso sería prohibido.

También opera una sanción al instituto cuando hubiere sido constituido en fraude de los acreedores.

249. Extinción o resolución

Lo importante es considerar el aspecto sustancial de la operación subyacente y, no, el formal del propio fideicomiso.

Entre las causas de extinción debe mencionarse la renuncia o remoción del fiduciario, supuestamente de que no pudiera ser sustituido por otra persona.

También se extingue el fideicomiso cuando expira el plazo de su duración, ya que hubiere sido fijado convencionalmente el tiempo de su constitución o bien, que deba estarse al máximo plazo fijado por ley.

Otra causa de extinción es cuando el fideicomiso fuere declarado nulo, por sentencia.

A continuación ZEPEDA formula un distingo entre terminación y resolución; suponiendo la primera el cumplimiento de lo pactado, mientras que la otra tiene un sentido contrario. Es decir, que la realización del negocio subyacente constituye causa de terminación del fideicomiso.

En los fideicomisos de garantía la terminación estaría determinada por el cumplimiento de la obligación garantizada.

Estudiando las causas de resolución, las leyes que se comentan disponen que el fideicomiso se resuelva cuando el fin se toma imposible (referido al negocio subyacente).

Como un caso de condición resolutoria la ley colombiana establece que el fideicomiso se resuelve por la muerte del fideicomitente o del beneficiario, si así se hubiese pactado en el acto constitutivo del fideicomiso.

Otra situación legal prevista es aquella por la cual se establece la resolución del fideicomiso por convenio de partes (fideicomitente y fideicomisario), lo cual afecta al fideicomiso de modo indirecto.

Finalmente, el fideicomiso se resuelve por revocación unilateral por el fideicomitente que sólo puede darse si tal circunstancia no hubiera sido renunciada; se la considera improcedente en los fideicomisos de garantía y en aquellos en los que el fideicomitente ha recibido la contraprestación pactada en la operación subyacente.

CAPÍTULO XVII GARANTÍAS BANCARIAS

250. Premisa

La materia de las garantías bancarias es muy amplia, en la medida en que lo es, también la operatoria bancaria.

Así como esta última se ha ido acrecentando mediante la introducción de nuevas modalidades, el derecho común -columna vertebral en este campo- y otras ramas jurídicas que han ido incorporando las características de la garantía, concebida como el instrumento técnico-jurídico mediante el cual se puede acrecentar y reforzar por un acreedor la probabilidad de ser satisfecho a través de la realización del poder de agresión del patrimonio del deudor que, por efecto de la garantía, atribuye al propio acreedor particulares prelación.

Habremos de enfocar esta temática tan vasta acorde con un sentido proporcional de esta obra, remitiendo en las respectivas cuestiones a los autores que, de manera especializada, las hubieren considerado.

Aparece como nota distintiva la cobertura de un riesgo propio de la actividad crediticia, cuyo fundamento y sentido radica en la confianza de una relación que, alguna concepción optimista, ha descrito como “de fidelidad”, pero que más allá de la buena fe (decisiva en lo contractual) dista bastante, muchas veces, de plasmarse en la práctica.

De esta manera con el correr de los tiempos, la actividad bancaria se ha ido cubriendo mediante los aportes que le proporciona el derecho en general, adaptando las diversas soluciones a la singularidad del “caso”.

Casi estaría demás decir que la cobertura del riesgo -connatural- se hace efectiva mediante el aporte de otras técnicas más evolucionadas o sofisticadas que las propias garantías tradicionales, arbitraje, nuevos productos, diversas modalidades de seguro, etcétera, por lo que el tema que abordaremos queda como a medio camino de esa certeza a la que se aspira, cuando lo más correcto sería que nos quedásemos en la probabilidad de la secuencia lógica. Formulada esta breve digresión pasaremos a enfocar un panorama más o menos generalizado de la temática, sin entrar en demasiados detalles que corresponderían a obras de derecho común.

251. Garantías dadas por sociedades de capital y su relación con el objeto social

Se trata de una cuestión bastante común en la relación “cliente (sociedad anónima)-banco” cuando el primero ofrece una garantía real o personal a la entidad financiera.

NIETO BLANC et al sostienen que en la materia existe cierta confusión que conviene esclarecer, recordándose que MESSINEO alertaba la atención de los bancos en su recepción indiscriminada de fianzas cuya validez podía ser cuestionada.

El problema tiene conexión con la capacidad de derecho de las sociedades, enfocado con aspectos vinculados como, por ejemplo, si esa capacidad es genérica o queda limitada por el objeto social o bien, aquel otro pretendiendo establecer si el mismo objeto social delimita el poder de representación de los administradores y si la restricción tiene sólo relevancia interna, pero no, externa.

Se señala que en derecho comparado se delinean diversas tendencias: una, sistema alemán, por la cual la capacidad de derecho de la sociedad es amplia, inclinándose la balanza normativa en favor de los terceros contratantes con la sociedad respondiendo a los principios de seguridad y apariencia jurídicas.

Otra tendencia, representada por los derechos inglés y francés, aparece opuesta a la anterior al consagrar el principio de la capacidad funcional estrechada por el objeto societario y, por ende, constriñendo el poder de actuación de los representantes ante terceros.

Se menciona asimismo una tercera posición, en derecho italiano, por la cual cierta parte de la doctrina de ese país, con sostén jurisprudencial, acepta la capacidad amplia de las sociedades de capital y el poder de sus representantes de actuar ultra vires, aun cuando el respectivo derecho positivo se expidiera en sentido contrario. Se leen -dicen NIETO BLANC et al- soluciones agudas... que han abordado el tema con argumentos fundados en la base contractual, propia de las sociedades anónimas y sus similares, que hacen inoponibles frente a terceros las limitaciones estatutarias por aplicación del efecto relativo de los contratos, principio éste receptado por los ordenamientos en general o razonando que los representantes de la sociedad son los únicos que tienen idoneidad para juzgar si actos negociales dados (como los de garantía), se oponen o no al objeto social.

Conforme a una directiva de la C.E.E. de fecha 9 de marzo de 1968 se ha producido la modificación en la materia societaria de diversos países integrantes de ese régimen, apuntando a la prevalecencia de los terceros contratantes de buena fe en relación a los actos cumplidos por representantes de la sociedad vinculados con el objeto social.

Los autores a quienes citamos en el punto, luego de hacer referencia a disposiciones de nuestro Código Civil, en materia de sociedades civiles y de mandato, aluden al importante artículo 58 de la ley 19.550; complementando los fundamentos de esa normativa en los artículos 11, inciso 3° y 94, inciso 4°.

Llegan, sobre estas bases, a las siguientes conclusiones:

- 1) El objeto social, que debe ser expresado y determinado en el contrato o estatuto, constituye un límite a la actuación de los administradores de la sociedad en el ejercicio de su poder representativo, carente de sentido absoluto.
- 2) Los actos otorgados por tales representantes obligan a la sociedad cuando no fueren extraños al objeto social, de manera notoria.
- 3) Si el acto del administrativo social es “notoriamente” extraño al objeto de esa sociedad, se presume mala fe en el tercero contratante y su buena fe, en caso contrario. La sola publicación e inscripción de los contratos y estatutos en los registros públicos, haciéndolos

oponibles a terceros, no bastan para eliminar esa presunción de mala fe cuando el acto hubiera sido cumplido ultra vires por el representante.

4) La ley obliga a la sociedad a mencionar el objeto social indicando la actividad económica a cumplirse, pero no los actos que sean instrumentos o medios para realizar ese fin.

En síntesis puede decirse que sólo el acto concreto que se realice puede confrontarse con el programa u objeto de la sociedad para determinarse, entonces, si lo exorbita. NIETO BLANC et al critican aquella doctrina que sostiene la posibilidad de valoración de los actos solamente luego de ocurridos los hechos, por entender que la cuestión quedaría centrada en la sola responsabilidad interna de los representantes; lo que no es así.

5) La enumeración de actos tiene relevancia autónoma cuando prohíbe la constitución de garantías en favor de terceros; sin que tenga relevancia la buena fe del tercero beneficiario. Si la prohibición se limitara al órgano de representación, la constitución de la garantía podría ser autorizada por la asamblea de socios, siempre bajo la condición de que la garantía así dispuesta fuera idónea con referencia al objeto societario.

6) La asamblea extraordinaria no podría autorizar un acto aislado de garantía contrario al objeto social. La modificación permitida por ley es la que tiene permanencia, señalando la futura actividad de la sociedad. No puede haber alteración del objeto social en acto individual.

7) Más adelante se dice que resulta aconsejable que el directorio de una sociedad anónima dicte una resolución para autorizar la constitución de la garantía (específica), mediante un acto fundado y no, meramente formal. Debe asimismo expresarse el interés que la sociedad tiene respecto de la operación crediticia con el deudor, objeto de la garantía.

8) Por último se dice que si el objeto social incluye el otorgamiento de garantías por obligaciones de terceros -tal, el caso de una sociedad financiera-, no sería necesario adoptar los recaudos mencionados en el párrafo anterior.

252. Las lettres de patronage o cartas de intención

Como dice DE SIMONE se buscó conciliar lo inconciliable: responsabilizar a la sociedad-madre de una manera que se aproximare lo más posible a un compromiso de fianza, sin por cierto configurar esta última.

Se suele, también, denominarlas “cartas de intención” dirigidas a un banco que da o promete dar crédito a una sociedad en cuyo capital la sociedad firmante tiene participación mayoritaria, hasta el punto que le confiere poder de gestión. Esto se expresa en la carta, aprobándose al mismo tiempo dicho crédito; asumiendo el compromiso de preavisar al banco cualquier eventual cambio en esa participación de capital.

El compromiso aludido puede adoptar diversas modalidades: no alterar el grado de participación de capital, en la sociedad subsidiaria; si se produjera la alteración, otorgar una garantía especial satisfactoria o bien, eventualmente cancelar la operación.

Así el banco toma conciencia de ese factor, diríamos de refuerzo, que significa el apoyo de la sociedad-madre, evidenciando el deseo de ésta en el sentido de que la sociedad subsidiaria habrá de cumplir técnicamente el pago de la deuda.

Las diferencias que pueden establecerse con la fianza son las siguientes: a) la fianza es obligación de dar, mientras que en la lettre opera una obligación de hacer; b) se aprecia el surgimiento de ciertas dificultades cuando la lettre debe hacerse operativa (ejecución); c)

mientras que la lettre esté vinculada a la obligación que garantiza, la fianza puede otorgarse por cantidad ilimitada y garantizando cualquiera obligación futura; d) la lettre no revive, como ocurre con la fianza.

NIETO BLANC et al analizan el origen de esta suerte de garantía más allá del acuerdo de caballeros que pudiera haberse constituido en su sostén, originariamente.

El análisis jurídico se muestra trabajoso como consecuencia del texto, generalmente impreciso, en la redacción de estas lettres; pero es evidente el interés de la sociedad-madre en evitar nuevas obligaciones emergentes de garantías típicas, para superarlas vía de un cierto apoyo a la sociedad subsidiaria que fuera debidamente valorado por los bancos, en una visión más amplia de la operatoria.

Se citan diversos supuestos de las lettres.

1) Caso en que la sociedad que firma la carta toma conocimiento (o aprueba) la operación de crédito realizada o a realizarse por el banco, con la sociedad subsidiaria; comprometiéndose aquélla a no variar su participación en el capital de su subsidiaria, sin previo aviso al banco acreedor.

El compromiso adquirido por la sociedad-madre no configura una fianza pero, sí, una obligación de hacer, cuyo incumplimiento le es imputable.

Queda aclarado que no se trata, en la emergencia, de una fianza; pero resulta evidente que si la sociedad-madre pierde su carácter de controlante en la subsidiaria, quedaría abierta su responsabilidad ante el eventual incumplimiento de la deudora, dado que el banco podría haber tenido muy en cuenta ese grado de participación por la gestión de la controlante, al otorgar el crédito.

Se estaría configurando de esta manera el incumplimiento de una obligación de hacer, por la sociedad-madre; quedando a cargo del banco iniciar una acción de responsabilidad, por tal circunstancia, debiendo probar el no fácil nexo de causalidad que se habría originado en la operatoria.

NIETO BLANC et al concluyen el punto diciendo que nos encontramos en presencia de una garantía atípica enderezada no a vigorizar la seguridad patrimonial del banco con referencia a la sociedad-madre, sino a asegurar la conservación e intangibilidad de la solvencia patrimonial de la beneficiaria, deudora del crédito.

2) En un segundo caso se operaría cierta intensificación en el accionar de la sociedad-madre respecto a su subsidiaria, por ejemplo, mediante su intervención en la dirección de ésta a los fines de propender a una adecuada y, en cierto modo, segura cancelación del crédito otorgado por el banco.

Se trataría de un control indirecto tendiente a un mejor funcionamiento de la subsidiaria y, por ende, a su cumplimiento regular de las obligaciones exigibles.

Otra cláusula de estilo, en este plano de responsabilidades, es aquella por la cual la sociedad-madre se compromete a no retirar recursos de la sociedad controlada, ni a perjudicar su solvencia patrimonial al tiempo de concertarse la operación con el banco.

La doctrina aclara que se trata de compromisos tendientes a proteger el interés del acreedor pero que no suponen una coobligación u obligación accesoria de asumir ese pago a cargo de la sociedad que firmara la lettre. No existe una garantía nominada, como la fianza.

3) Un tercer caso, quizá más definido que los anteriores, se configura cuando la sociedad firmante de la carta se compromete a mantener la solvencia de la sociedad deudora hasta el momento en que el crédito del banco deviniera exigible.

Los autores a los que hemos citado ponen como ejemplo el caso de algunas lettres americanas con el texto siguiente: “Por la presente nos comprometemos a proporcionar a

nuestra afiliada el capital circulante suficiente para que cumpla sus obligaciones financieras”.

Se agrega que en el caso de incumplimiento la responsabilidad de la sociedad-madre se produciría por un débito propio -obligación de resultado, frustrada- y no en una directa asunción del riesgo, en caso de resultar impaga la obligación, como ocurre con la fianza.

4) Un cuarto caso se produce cuando la sociedad que firma la lettre promete y asegura al banco que la sociedad deudora controlada pagará el crédito recibido, a su vencimiento.

Un modelo de texto, al respecto, sería el siguiente: “Por la presente, asumimos además el compromiso de obrar, en todo caso, de manera que nuestra nombrada afiliada haga frente regularmente a las obligaciones contraídas con ustedes, derivadas de la línea de crédito que le han concedido, de modo que ustedes sean reembolsados”.

El compromiso citado puede calificarse como promesa del hecho de un tercero, regulado en el artículo 1163 del Código Civil argentino.

NIETO BLANC et al discurren en torno de la diferenciación de esta garantía, con la fianza; agregando conceptos que vale la pena transcribir por cuanto trasuntan la realidad negocial: “... cabe recordar que un negocio atípico de garantía puede generar vínculos obligacionales que surjan de sus términos y conforme a los principios generales aplicables a esa expresión de la autonomía contractual... no dejando de tener presente, además, que el banco suele renunciar a los medios expeditivos y directos que supone... una garantía típica... en base a compromisos de menos precisión técnico-legal, pero más amplios (suscriptos) por la sociedad controlante”.

En síntesis, a nuestro modo de ver, podríamos agregar que esta modalidad de garantía resulta más flexible para la operatoria bancaria que la proporcionada por la fianza o el aval: como, por ejemplo, que la controlante asegurara el riesgo de cambio, si el crédito otorgado a la subsidiaria fuera en divisas.

Los autores a quienes hemos seguido en este comentario agregan que han omitido considerar el problema de la cuestión que nos ocupa, con aquel otro de la “extensión de la quiebra”, con basamento en la doctrina de “levantar el velo de la personalidad”, la que contara con cierto período exitoso en pro de un realismo que la configuración societaria, a veces, ocultara u opacara.

El tema ha sido considerado más en profundidad por la actual ley 22.917 (modificatoria de la Ley de Concursos 19.551), al introducir en la normativa once nuevos artículos, además de las modificaciones incorporadas al texto madre.

Diremos que la apariencia con fines ilícitos o el control de una persona llevado a cabo con propósitos desviacionistas, como dos notas tipificantes del nuevo instituto, no se dan en la hipótesis de las lettres, las que pueden ser consideradas como abiertas (en el sentido genérico de esta expresión) y orientadas hacia finalidades positivas, como aquellas destinadas al apoyo de la sociedad subsidiaria.

Las imprecisiones conceptuales que pueden endilgarse a las lettres no deberían ser apreciadas a la luz negativa de la ilicitud, sino como demostrativas de una finalidad de garantía más allá, quizá, de las típicas que proporciona el derecho común.

Sin embargo, para finalizar, diremos con DE SIMONE que habría que valorar el poderío de la sociedad-madre (¿consolidada en forma suficiente?) y de su eventual seriedad.

Jurisprudencia extranjera

Mencionamos como caso interesante un fallo más o menos reciente de la Casación en lo Comercial de Francia, del 23 de octubre de 1990 (en Banque, febrero de 1991, págs. 207 y

sigs., con nota de RÍVES LANGE), en el que se resolvió lo siguiente:

Considerando que la lettre en litigio contenía una obligación de resultado, en el sentido que hacia a su autor responsable de las consecuencias de incumplimiento por el deudor, es conforme a derecho que esta lettre constituía una garantía y que después de haberse determinado que el firmante de ese compromiso no había sido autorizado por el consejo de administración, se ha decidido que era inoponible a la sociedad.

En el punto opera cierta complicación legal -en Francia- debido a una ley del año 1966 estableciendo la exigencia de que las fianzas, avales y garantías otorgadas por las sociedades (excepto las bancarias o financieras), debían ser autorizadas por su consejo de administración. Los bancos, en general, habían interpretado que las lettres, por su naturaleza, escapaban a esta disposición: lo que, como se ha visto, habría caído en virtud del decisorio citado.

El comentarista mencionado, procurando interpretar los términos del compromiso, entiende que abarca no sólo a una obligación “de resultado” sino, también, a una obligación “de medio”. Asimismo, expresa sus vacilaciones para el supuesto en que la lettre hubiera sido suscripta por una sociedad extranjera, para resolver si constituía -o no- una garantía.

253. Dación en pago de créditos; cesión en garantía y prenda de créditos

Dentro de las modalidades de garantía consideradas como modernas, asistimos a los institutos citados en el epígrafe, significativos de un análisis conceptual en nuestro derecho y sus posibilidades más o menos inmediatas.

La dación en pago de un crédito es aceptada por nuestro Código Civil a través del “pago por entrega de bienes” (arts. 779 y sigs.).

Resulta complejo para la técnica jurídica suponiendo el cambio de una obligación por otra, la que se paga en forma inmediata. Se aplican las reglas de la cesión de derechos. El cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, pero no de la solvencia del deudor cedido, salvo que la insolvencia de éste fuera anterior y pública. Existen dos clases de cesión: una pro soluto y la otra pro solvendo. La primera es aceptada por nuestro Código Civil (art. 783). Diversamente, la cesión pro solvendo no está reconocida explícitamente en nuestro Código Civil; a diferencia del Código Civil italiano (de 1942), que la recepta en su artículo 1198. La nota característica de esta última es que el cedente no queda liberado en virtud de ese acto: sólo obtiene su liberación en caso de que el deudor cedido cumpla su obligación.

Queda formulada la pregunta de si la cesión pro solvendo es aceptada por nuestro Código Civil. NIETO BLANC responde por la afirmativa sobre la base de los artículos 1143, 1197, 1363, 1435, 1444 y concordantes. El cedente puede hacerse cargo de la solvencia del deudor cedido, lo que es aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

El autor citado pasa luego a considerar otra modalidad bastante usual de la operatoria bancaria, en la materia: la denominada cesión en garantía, que ha sido ponderada como una prenda de crédito. En este sentido, se mencionan como antecedentes a dos proyectos: el de Reforma del Código Civil (1936) y el de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación (1987).

Varios argumentos se exponen para cuestionar la validez de tal cesión, no prevista ni en el Código Civil, ni en el de Comercio, de nuestro país.

En primer término se dice que la cesión de derechos es un contrato incompleto que debe

integrarse con la causa correspondiente (posición causalista), haciéndose referencia como causas traslativas de cesión a tres contratos: venta, permuta y donación: pero no, la garantía, no prevista en el Código. “En suma -agrega NIETO BLANC- la garantía no parece configurar la causa idónea necesaria para producir la fuerza transmisiva que requiere la cesión”.

Además los contratos no pueden perjudicar a terceros (arts. 503, 953, 1195 y 1199, Cód. Civ.): a lo que debe sumarse el carácter restrictivo que, por esencia, tienen los privilegios en nuestro derecho, los que sólo pueden derivar de una expresa disposición legal. Y la cesión en garantía estaría otorgando al acreedor-cesionario un privilegio indebido.

Finalmente, se hace alusión a la prenda de créditos -la modalidad más utilizada en nuestra práctica- admitida por los artículos 3204, 3209, 3211 y 3212 de nuestro Código Civil y artículos 583, 584 y 587 de nuestro Código de Comercio.

254. Análisis comparativo de los institutos

El análisis doctrinario que seguimos pasa luego a considerar las ventajas e inconvenientes de las modalidades de garantías antes consignadas: procurando establecer ciertos criterios de distinción.

Comenzando la comparación entre la cesión pro solvendo y la cesión en garantía, debe recordarse que la primera se efectúa con un fin solutorio. Diferentemente, la cesión en garantía tiene a ésta como causa exclusiva del contrato.

“Esa distinta finalidad -agrega el autor citado- tiene efectos concretos. En la cesión pro solvendo el cesionario debe intentar satisfacer su acreencia con la percepción del crédito cedido... En cambio, cuando la cesión es en garantía, el cesionario-creedor tiene siempre abierta su acción contra su cedente-deudor... (no siendo obligatorio) excutir primero los bienes del deudor cedido”.

La conclusión inicial, en el comentario que estamos sintetizando, señala una ventaja evidente en favor de la cesión pro solvendo frente al dudoso planteo que emana, jurídicamente, de la cesión en garantía.

Comparando, ahora, la cesión pro solvendo con la prenda de crédito, se manifiesta en la primera una traslación del crédito en favor del cesionario: no ocurriendo ello en la prenda de crédito, teniendo en cuenta que éste permanece en el patrimonio del deudor.

Derivado de lo anterior se infiere, asimismo, que mientras el deudor prendario tiene la posibilidad de constituir nueva prenda o de enajenar su crédito, ello no es posible en la cesión pro solvendo. En la prenda -se agrega- nos encontramos frente a un contrato real: siendo consensual el supuesto de la cesión pro solvendo.

Por último, al comparar la cesión en garantía con la prenda de crédito se advierte que la garantía es más intensa en la cesión que en la prenda, como consecuencia del efecto traslativo al que se aludiera. Se aclara, además, que la garantía es diferente en ambos casos. En la prenda, el acreedor por ser titular de un hecho real sobre el crédito prendado, deberá verificarlo en tal carácter con privilegio en el concurso de su deudor; no así en el caso de cesión en garantía, cuyo crédito, si bien quirografario, se habrá de verificar como tal; siempre, claro está, con la limitación derivada de ser garantía.

El comentario aludido, en terna de conclusiones generales, se inclina por la cesión pro solvendo o por la prenda de crédito, luego de expresar que la cuestión es bastante compleja.

255. Garantías independientes. Introducción

En este tema multívoco de las garantías bancarias pasaremos ahora a considerar una clase de garantías que han adquirido bastante repercusión en las últimas épocas, quizá como consecuencia del desarrollo del comercio internacional y de la interdependencia creciente en el mundo: las llamadas “garantías independientes” o “a primera demanda” o “abstractas”; denominaciones -éstas- que pretenden poner de relieve algunas de sus facetas más significativas.

RÍVES LANGE et al parten de un concepto pragmático: el predominio de los compradores (importadores) en los mercados internacionales: exigiendo habitualmente un depósito en dinero o en títulos a fin de asegurar el cumplimiento de los contratos.

Ello derivó en una intervención de los vendedores (exportadores) para que tal seguridad fuere otorgada por un banco; de ahí la aparición de las garantías.

Existe -como dice ALEGRÍA, quien ha estudiado el tema en profundidad- una manifiesta transformación del concepto de garantías con la introducción de nuevas variantes en las cuales es predominante, aunque no excluyente, la actividad bancaria: mandato de crédito, crédito documentario, cartas de crédito, letras de patrocínio, etcétera.

256. Definición

Se trata de un compromiso bancario de pagar una cierta suma de dinero a la primera demanda del beneficiario, haciendo referencia solamente al texto del compromiso, sin poderse invocar el contrato de base y con reserva de la hipótesis de fraude.

257. Las diferentes relaciones jurídicas

Invocamos en cierta medida los precedentes técnico-jurídicos que emanan del crédito documentario y que hemos expuesto supra en el Capítulo XI.

a) Tenemos una primer relación entre las partes que suscriben el contrato de base (exportador e importador): b) pasando luego aquél (exportador) a su vinculación con el garante; c) apareciendo, entonces, el vínculo de este último con el importador, que es el beneficiario.

Como relaciones contingentes tenemos d) las contragarantías que el garante puede pedir al ordenante (exportador); y e) la aparición de un segundo banco, a efectos del conocimiento que se tenga en cada plaza, el que actúa como notificador del garante.

258. Clases

Las diferentes clases de garantías dependen, fundamentalmente, de la operación en sí misma que se concierte.

RÍVES LANGE et al nos señalan las siguientes:

- Una garantía llamada de sumisión (tender bond): el comprador lanza sus ofertas en la inteligencia de que si la negociación se concierte, se tendrá el contrato definitivo y los documentos correspondientes.

- Una garantía de restitución de cuentas (advances payment guarantee) que tiene lugar cuando el comprador ha realizado un anticipo cuya recuperación quiere para el supuesto de que la operación no fuera correctamente realizada.
- Una garantía de buen fin (performance bond): cuando la operación hubiera comenzado, la suma dada en garantía debe permitir que el comprador finalice la operación o bien, de que la mercadería fuera entregada por un tercero.
- Una garantía de retención (retention money bond): el comprador exige una garantía para la eventualidad de incumplimiento por la contraparte.
- Una garantía de descubierto en la plaza: el empresario, para la realización de una obra, obtiene del banco local un descubierto que es garantizado por el o los bancos de su país.
- Una garantía de pago de derechos de aduana: funciona en el supuesto de admisión temporaria de mercaderías que deben ser reexportadas dentro de cierto plazo. La aduana del país extranjero puede exigir la constitución de garantías ante la eventualidad de incumplimiento por el importador.

259. Finalidades

Como habitualmente ocurre, se trata de recursos prácticos tendientes a proteger a una de las partes -importador o comprador, como se ha dicho- antes la eventualidad de incumplimiento de la contraparte -exportador o vendedor-.

“Por medio de la garantía, dice ALEGRÍA, su beneficiario se cobra directamente del garante a 'simple demanda'; y si su reclamo no era fundado o quiere ser controvertido (por el ordenante o por el propio garante), deberán éstos demandarlo para acreditar o probar su falta de derecho al cobro total o parcial de la garantía”.

260. Ventajas e inconvenientes

Siendo un instituto relativamente nuevo, la doctrina ha discurrido entre las posibilidades prácticas que tiene y, como contrapartida, sus inconvenientes.

Como suele ocurrir, además de reglas uniformes dispuestas por organismos internacionales (tal como UNCITRAL), se ha hecho referencia -incluso~ a una suerte de contenido moral que debería tener la garantía a efectos de su buen funcionamiento.

Se trata de situaciones relativas que no van mucho más allá del interés o predominio de las partes, con argumentos varios (en cuanto a crítica del instituto): a) excesiva protección del adquirente o beneficiario; b) como consecuencia de lo anterior, excesiva presión que pueden ejercer los adquirentes; c) costos adicionales que suponen; d) inconvenientes de establecer garantías abstractas (tesis causalistas) aun en contra de la buena fe.

Sin embargo, en aras a un comercio internacional fluido y relativamente seguro, son varias las ventajas que se evidencian como consecuencia de la práctica de estas garantías, incluso para los países en vías de desarrollo que deben pujar en un mundo cada vez más competitivo.

261. Comparación con figuras afines

Con referencia a la fianza lo principal radica en la accesoriedad de ésta; por el contrario, en la garantía abstracta la relación garante-beneficiario es independiente del contrato de base. La hipótesis prevista de anulación de la fianza por incapacidad del deudor (art. 1994, Cód. Civ.) ha dado lugar a cierta argumentación en beneficio de la admisibilidad de la garantía autónoma; pero se trata de un supuesto casi excepcional que no estaría permitiendo llegar a otra conclusión por esa vía.

Otra comparación se ha hecho con la promesa del hecho de un tercero, conocida como porte-fort, admitida en nuestro derecho por el artículo 1163 del Código Civil.

“La doctrina debate sobre la cercanía de ambas figuras, mostrándose modernamente proclive a diferenciarlas. Se señala su distinta conformación estructural y cómo la promesa del hecho de un tercero puede no considerarse una figura típica, sino 'un fragmento de fattispecie destinada a entrar en un contrato que tiene su propia causa' (PORTALE), agrega ALEGRÍA.

Hemos tratado de reflexionar sobre este párrafo y, aun respetando el “supuesto o hipótesis” al que son inclinados los juristas italianos, cuesta bastante encontrar una explicación medianamente razonable. Diríamos -mejor- que constituye una nueva prueba de los esfuerzos doctrinarios a los que el intérprete debe recurrir cuando analiza determinados institutos quizá no bien definidos.

Existe mucha similitud con el crédito documentario hasta el extremo que alguna legislación, como la americana, los considera como dos especies de un mismo género. Se dice que las diferencias son más fácticas que estructurales.

Con el aval, son en ambos casos garantías abstractas; pero aquél se conecta típicamente con una obligación cambiaria, mientras que la garantía abstracta se vincula con toda clase de prestaciones.

Por último, refiriéndonos al seguro, sus finalidades son afines a las de las garantías abstractas; pero hay modalidades estructurales propias de la técnica aseguradora que no podrían extenderse al campo de esas otras garantías.

262. Formas de la garantía

La efectivización de la garantía (o de la contragarantía, en su caso) no está sujeta a condiciones de forma, excepción hecha de aquellas que hubiesen sido estipuladas en oportunidad de emitir la garantía.

Se impone de hecho, sin embargo, la forma escrita, utilizándose la mayoría de las veces el télex codificado.

Al acercarse la fecha límite de validez, discurre para el banco la alternativa de “pagar o prorrogar”. RÍVES LANGE et al argumentan que el banco se encuentra libre de elegir entre ambas alternativas; pero en el trasfondo opera una relación de clientela, que prevalece en estas situaciones.

Los supuestos que pueden ocurrir son los siguientes: (1) si el cliente-ordenante expresa que la garantía debe ser pagada y provee los fondos, el banco debe pagar; (2) si el cliente solicita la prórroga de la garantía, el banco debe acceder a ello; (3) si el cliente se niega al pago o a la prórroga, el banco queda libre de optar por una u otra conducta, no pudiendo en este caso considerarse el ordenante como liberado de su obligación (4) el beneficiario de la garantía no incurre en culpa si emplaza al banco para que decida entre el pago o la

prórroga.

263. Tiempo

No existe límite -mínimo o máximo- para esta clase de garantía. Hay algunos casos en que, por la legislación respectiva, se exige una duración mínima para que las garantías se hagan efectivas.

Pero ALEGRÍA agrega que, usualmente, existe la fijación de un tiempo máximo dentro del cual el beneficiario puede hacer su reclamo en caso de incumplimiento; pasado dicho tiempo la garantía caduca.

264. Relaciones entre beneficiario y garante

Se trata de un aspecto crucial del instituto bajo estudio por cuanto se intenta, doctrinariamente, compatibilizar esa abstracción de la garantía con los principios ordenadores del plexo jurídico.

En el comentario de ALEGRÍA se subraya una posición netamente causalista, significada por algunos conceptos: “Es evidente que cuando el derecho consagra la abstracción no está reconociendo negocios sin causa (a-causalidad) sino, solamente, admitiendo relaciones en las cuales la causa es irrelevante para la producción de sus efectos propios (los subrayados son del comentario)”.

Estos conceptos olvidan -o parecen olvidar- que tanto la causa como la abstracción, son de significación multívoca, no sólo en el campo jurídico sino también en otros campos (psicológico, artístico, etc.). Y, como tales, evidencian una postura que no puede ser dogmática ni imperativa, sino meramente relativista. Piénsese, por caso, en todo el retroceso que la causa ha tenido en la concepción científica del mundo moderno.

Lo que ocurre, a nuestro entender, es que el citado jurista nacional ha buceado en los antecedentes de los derechos francés e italiano, ordenamientos -especialmente el primero- fuertemente “atados” a la noción de causa; por lo que todo intento desviacionista de la misma implica a modo de un pecado no venial, para el intérprete, que exige de inmediato el retorno a la fuente causalista.

El sentido de lo expuesto se traduce -casi inconscientemente- por alguna otra mención del propio ALEGRÍA: “la garantía también es abstracta respecto del contrato de base entre ordenante y beneficiario. Es el costado por el cual, generalmente, la doctrina la califica como abstracta... En realidad, aquí la abstracción... es una consecuencia de haber admitido una obligación de garantía no accesorio. Por ello la abstracción sería algo así como oblicua o indirecta...” (los subrayados son del comentario).

La misma redacción del texto citado está evidenciando la preocupación del intérprete en no desviarse de los precedentes causalistas; se utiliza, incluso, el tiempo potencial del verbo (sería) para introducir un calificativo poco definitorio de la abstracción (oblicua o indirecta).

Para nosotros, que en tema cambiario hemos adoptado una posición no causalista (BONFANTI-GARRONE, Títulos de crédito), consideramos que en las garantías independientes la abstracción representa el ineludible pivote en tomo del cual debe girar el instituto, por cuanto es precisamente por ella que se desvincula, se desconecta, la relación

de base.

Si bien estas consideraciones son meramente de doctrina, sin desconocer la influencia de los juristas franceses e italianos en la cuestión, entendemos que éstos, coherentemente, brindan sus interpretaciones en función de sus derechos positivos, los cuales no necesariamente deben ser proyectados en nuestro derecho.

Lo anteriormente expuesto queda corroborado por el análisis que el propio ALEGRÍA formula en su párrafo referido a la doble abstracción, en las relaciones ordenante-garante y ordenante-beneficiario. Pero la controversia causalista no termina ahí; el mencionado autor nacional insiste en otro párrafo bajo el subtítulo relevancia de la mención del contrato de base, en el cual dice: “El contrato-base es la causa de la obligación del ordenante (parte de ese contrato). A su vez, la causa de la obligación del garante es la relación de crédito que la haya generado de cara a sus vínculos con el ordenante” (el subrayado es del comentario). En este punto, cita como referencia a dos autores italianos, GALASSO y SIMONETTO.

Más adelante agrega: Dicho esto, es evidente que no se hace mención de la causa de la garantía cuando se menciona el contrato de base ni de sus obligaciones, sino que se trata de otra obligación a la cual la garantía se vincula externamente.

Aparece evidente, a nuestro entender, el esfuerzo conceptual que debe hacerse para sostener lo que podríamos denominar “fragilidad causalista”, cuando el tema dominante está significado -marcado- por la abstracción. Es esta nota la que tipifica, colorea y define a las garantías bajo análisis, las que precisamente encuentran su razón de ser en su independencia frente a la relación de base.

El propio GALASSO -al cual se ha hecho referencia- pone de manifiesto sus dudas y vacilaciones en torno de la causa, concepto al que califica de poliédrico; con cita, más adelante, de otro jurista italiano de renombre -SCONAMIGLIO- el que pone de relieve que “la causa no constituye un elemento del negocio como sería la voluntad o la declaración, sino que es un perfil del propio negocio, perfil funcional, como momento inseparable de su noción”.

Y el citado autor italiano busca la salida en la encrucijada del problema poniendo el acento en una noción de evidente contenido económico, como es la de concesión de crédito; es decir, se ve obligado a recurrir a una explicación extrajurídica para encarar el tema.

265. El criterio de primera demanda

Punto de partida del concepto es que esta garantía constituye una obligación principal, no accesoria.

No se trata, por cierto, de un pago provisorio.

Vinculado a estos precedentes se encuentra, también, esa visualización de la “neutralidad del banquero” (que se conecta por elevación al crédito documentario); por la que este principio encuentra fundamento en la función misma de la garantía abstracta.

Pasando a los aspectos procedimentales -inoponibilidad de defensas o excepciones- ALEGRÍA, en el trabajo que se comenta, hace alusión a jurisprudencia extranjera. La realidad de la situación está dada por el criterio restrictivo que debe aplicarse para rechazar la oposición de defensas o excepciones, salvo los casos, influenciados por precedentes generales de derecho, de fraude o abuso de derecho. Incluso se agrega que en estos supuestos tales situaciones de excepción deben ser manifiestas y resultantes de prueba

líquida, en el sentido de una prueba suficiente o bastante por sí misma.

La cuestión referida a medidas precautorias para detener el pago ha sido, en general, controvertida, por cuanto el análisis de la conducta del ordenado, respecto del garante, es que aquél no puede excepcionarse para que el garante no cumpla su obligación. Incluso, se ha llegado hasta el extremo de pretenderse el registro de cláusulas de pago del garante al beneficiario, en contraposición de órdenes judiciales al respecto; situación ésta que no se compadece con el ordenamiento jurídico, en respuesta a las normativas vigentes.

266. Obligaciones y derechos del banco

El banco está ligado por un deber de información respecto del ordenante; su incumplimiento acarrea la responsabilidad del banco.

Pero asimismo el banco no está ligado por la negativa de pago que le puede comunicar el ordenante: la valora bajo su exclusiva responsabilidad. Hay una cierta necesidad de salvaguardar el crédito internacional.

Estas mismas consideraciones referidas al banco que da la garantía a primera demanda son extensivas al banco que pueda otorgar la contragarantía.

El banco debe pagar, sin demora, a la primera demanda; cualquier retardo lo expondría a una acción de daños y perjuicios; no pudiendo invocar las excepciones fundadas en otras relaciones jurídicas, salvo fraude.

El carácter autónomo del compromiso del banco tiene un doble efecto: por una parte, limita las investigaciones y controles que debe efectuar el banco antes de pagar: sólo debe verificar que el requerimiento de pago corresponda a las condiciones registradas en la carta de compromiso.

Por la otra, el banco no puede sustraerse al pago pretendiendo invocar excepciones fundadas en otras relaciones jurídicas. Como ejemplos de esto último se dan (1) la nulidad del contrato de base; (2) la resolución de dicho contrato; (3) la defectuosa ejecución de sus obligaciones por el dueño de la obra, beneficiario de la garantía; (4) la compensación entre las partes del contrato de base.

Esta autonomía respecto del contrato de base, que se exhibe como amplia, no lo es tanto con referencia a otras relaciones de derecho, por ejemplo, en el caso de la contragarantía.

Tiene importancia el supuesto de fraude con fundamento en la regla *fraus omnia corrumpit*: en este caso, el banco no sólo queda liberado de pagar sino que se le prohíbe hacerlo.

Hay evidentes dificultades probatorias en este supuesto: la jurisprudencia (extranjera) ha debido tantear la obtención de ese punto de equilibrio entre la obligación del banco y aquella del beneficiario de la garantía. El fraude debe ser manifiesto; además, no libera al banco salvo que el fraude emane de aquella parte con la cual se hubiera asumido el compromiso.

En cuanto a los derechos del banco, no hay que olvidar que se ha comprometido a título personal, no siendo un mandatario de su cliente.

Después de haber pagado, el banco tiene derecho a debitar la cuenta de su ordenante.

Generalmente, esto queda establecido en la carta de compromiso que asume respecto de su cliente.

267. Extinción de la garantía

“La garantía abstracta puede extinguirse por razones relativas a sus propias condiciones de otorgamiento, como por otras vinculadas al contrato-base”.

Entre las primeras pueden citarse: que el tiempo de cobertura se hubiere agotado; que se hubieren dado las condiciones positivas o negativas de la misma garantía; que el beneficiario hubiere renunciado.

Con referencia al contrato de base se pueden dar situaciones diversas, a saber: (1) el cumplimiento de la prestación-base, tema que ALEGRÍA conceptúa como arduo en razón de la prueba con que debe contar el banco garante para considerarse eximido de esa obligación; (2) inexigibilidad de la prestación-base; (3) transferencia del contrato; (4) modificación del contrato-base.

268. Fianza. Concepto

Dentro de las garantías personales se destaca la fianza que es constituida por un tercero, reforzando de esta manera las obligaciones contraídas por el deudor principal.

269. Definición

Correspondería transcribir el artículo 1986 del Código Civil: “Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría”.

La fianza, independientemente del contrato antes mencionado, puede asimismo ser constituida por acto unilateral (art. 1987, Cód. Civ.). Compromete la responsabilidad del fiador con todos sus bienes, sin afectación de aquellos determinados para afrontar responsabilidad. Su carácter específico radica en que los acreedores no garantizados por la misma quedan excluidos de concurrir sobre el patrimonio del fiador, mientras si lo hacen sobre el patrimonio del deudor principal.

270. Caracteres

En primer lugar debe enfatizarse su carácter contractual, lo que obliga al banco a ser muy preciso y cuidadoso si se modificare alguna o algunas de las condiciones de la operación, con la finalidad de que el fiador permanezca vinculado conforme a derecho.

Se trata de un contrato consensual y bilateral. VILLEGAS entiende que “no sólo la fianza onerosa es bilateral, sino que toda fianza tiene ese carácter (generando) obligaciones recíprocas para las partes contratantes”.

El fiador puede obligarse a menos que el deudor principal pero no a más. Esto se refiere no solamente a la cantidad sino a todas las modalidades de la obligación: no puede ser por mayor tiempo la obligación del fiador, no contener condiciones más gravosas, ni devengar intereses si la del deudor no los devengare, ni ser simple si la obligación del deudor fuere condicional.

Otro carácter es su gratuidad, admitiendo excepciones. En materia comercial la onerosidad no se presume, debiendo ser probada. El supuesto de onerosidad en este contrato se encuentra conexo con aquel comercio que se dedica habitualmente a otorgar fianzas u otras

garantías: o bien en el caso de que fuera otorgada por un banco. En estos supuestos debe presumirse su onerosidad.

La accesoriedad es, asimismo, otro carácter marcadamente definido de la fianza, la que no puede existir sin una obligación principal válida. La regla expuesta en el punto por el Código Civil determina la nulidad de la fianza si la obligación principal fuere, también, nula; pero queda como excepción la hipótesis de que no se tratara de una incapacidad del deudor, en cuyo caso el fiador quedaría igualmente responsable aunque ignorase esa incapacidad.

En cuanto a la nota de accesoriedad permite que la fianza se distinga de la garantía autónoma o independiente, a la que hiciéramos referencia precedentemente.

Citamos al respecto un estudio de la jurisprudencia belga referido a un caso en el que un banco había emitido una carta de garantía en los siguientes términos: “A la orden y por cuenta de nuestro cliente (vendedor), nos constituimos en garantes solidarios respecto de esa parte (comprador) hasta un importe de... (que representaba al diez por ciento de la operación) respecto de la buena ejecución de las obligaciones contraídas por nuestro cliente. En consecuencia, les pagaremos a primera demanda escrita de vuestra parte todas las sumas debidas por el vendedor y que no hubieran sido efectivadas, hasta un monto de...”

La controversia, que versó sobre si se trataba de una garantía incondicional o no, fue resuelta en el sentido de que los términos “a primera demanda” constituían solamente una presunción iuris tantum y no podían ser el factor determinante de una garantía amplia, en ese sentido.

271. Clases

La fianza puede ser civil o comercial dependiendo ello del carácter que tuviere la obligación principal. A este respecto corresponde citar el artículo 478 del Código de Comercio, que pone el acento sobre si afianzar un acto o contrato de comercio con independencia de que el fiador fuera o no un comerciante.

Puede ser específica -garantizando determinadas obligaciones individualizadas- o permanente, por todas las obligaciones.

En cuanto a la fianza de una obligación futura está permitida por nuestro Código Civil, pudiendo referirse al importe de las obligaciones que contrajera el deudor. Dentro de esa misma amplitud, puede afianzarse una suma ilíquida.

272. Diferencia con otras operaciones

Hay otras seguridades que no constituyen fianza: (i) el contrato de porte-fort, que es el compromiso asumido por una persona, frente al otro contratante, de lograr la ratificación de un tercero o de indemnizarla en caso de que esa ratificación no se produzca. Lo que ocurre es que, a la inversa del fiador, no garantiza la solvencia del deudor para quien se ha contraído la obligación.

(ii) ZAVALA RODRÍGUEZ menciona también -quizá con no todo el cuidado que requeriría la comparación- al contrato de reaseguro, la delegación y la aceptación de la letra de cambio; situaciones, evidentemente, disímiles entre sí respecto del contrato que estamos

considerando.

273. Capacidad

Tienen capacidad para afianzar todos aquellos que la tuvieron para contratar empréstitos; excepción hecha de (1) los menores emancipados, aun con licencia judicial al respecto; (2) los administradores de bienes de corporaciones; (3) los tutores y curadores en nombre de sus representados y aun con autorización judicial; 4) administradores de sociedades si no tuvieren poderes especiales.

274. Alcance de la solidaridad

En la fianza, la solidaridad no tiene el alcance de la generalidad del instituto puesto que se trata de una obligación accesoria.

En el caso significa que el acreedor previamente debe interpelar en forma judicial al deudor; luego queda expedita la acción contra el fiador. También éste tiene otro derecho: en el caso de ser ejecutado puede ofrecer a embargo los bienes del deudor, cosa que no puede hacer el deudor solidario común.

En cuanto al beneficio de excusión, la ley lo excluye en materia comercial. La regla es que se puede perseguir directamente al fiador sin excutir los bienes del deudor.

Tampoco opera el beneficio de división.

275. Fianza de una sociedad comercial

La doctrina autorizada enseña que nuestra ley de sociedades comerciales ha adoptado el criterio ultra vires.

“La actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite no sólo al poder de los administradores sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando como consecuencia que los actos extraños al objeto social son insanablemente nulos, aun cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por acuerdo unánime de los socios” (COLOMBRES).

El objeto societario adquiere de esta manera una particular relevancia: la sociedad no puede realizar, indiscriminadamente, todos los actos y negocios, sino aquellos comprendidos en su objeto.

VILLEGAS dice que esto debe ser particularmente considerado por los bancos en tema de constitución de fianzas por lo que al análisis cuidadoso de los estatutos o del contrato social debería agregarse la decisión del órgano de administración de la sociedad, explicativo de la vinculación entre la obligación a afianzarse y el objeto social.

“La sociedad debe tener un interés propio y real en constituir la fianza...”; a la cual debería agregarse la procedencia de un poder especial para efectivizar el acto societario.

276. Derechos y obligaciones de las partes

Con referencia a la fianza bancaria, el acreedor tiene derecho a demandar directamente tanto al deudor como al fiador, siendo el caso de una fianza solidaria.

Ahora, considerando que el fiador fuera insolvente -después de aceptada la fianza- el banco tiene derecho a su reemplazo por otro fiador, a su entera satisfacción.

Para el supuesto de obligaciones a plazo o de tracto sucesivo, el banco puede exigir fianza si el deudor deviniere insolvente o trasladare su domicilio a otra provincia.

En cuanto al fiador tiene varios derechos: (1) oposición al acreedor de todas las defensas y excepciones que el deudor tuviere contra él, inclusive si éste hubiere renunciado a oponer la prescripción; (2) intervención en el juicio entre acreedor y deudor respecto de la obligación principal. No habiendo intervenido, puede igualmente oponer excepciones; (3) embargo sobre los bienes del deudor, en varios supuestos: si fuera demandado judicialmente para el pago de la fianza; si vencida la obligación no fuera pagada; si el deudor disipara sus bienes o si éste quisiera ausentarse del país sin dejar bienes inmuebles suficientes para saldar la deuda.

En otro orden de ideas, se subroga en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías, si el fiador pagare; asimismo, tienen derecho a verificar su crédito en caso de concurso o quiebra del deudor.

277. Fianza otorgada por un banco

Se trata de una situación conocida por la cual el banco otorga un "crédito de firma" a fin de que su cliente pueda hacer viables operaciones con terceros.

Tal fianza es onerosa por cuanto el banco cobra una comisión relacionada con el monto de la garantía y su tiempo de duración, rigiéndose por el artículo 483 y concordantes del Código de Comercio, respecto del cual se dice que constituye una excepción al precedente artículo 482, inciso 4º (estableciendo la liberación del fiador, aun antes de haber pagado, cuando han pasado cinco años desde el otorgamiento de la fianza, si fue contraída por tiempo indefinido); si el fiador cobra retribución por la fianza no puede pedir la aplicación de ese otro artículo. ZAVALA RODRÍGUEZ, sobre el particular, dice que la fianza prestada en un contrato comercial no hace presumir su onerosidad y para que se aplique la norma del citado artículo 483 es necesario probar que el fiador cobró una retribución.

278. Extinción de la fianza

La fianza puede extinguirse ya en lo relacionado con la obligación principal o bien por modalidades propias del contrato.

En el primer caso la extinción de la obligación principal puede producirse por diversas causas (pago, novación, compensación, prescripción, etc.). Debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 2047 del Código Civil para el supuesto de novación: la fianza queda extinguida aunque el acreedor hiciera reserva de conservar sus derechos contra el fiador.

En el segundo caso pueden darse diversas hipótesis: (1) cuando el acreedor prorroga el vencimiento de la obligación sin que el fiador hubiere consentido; (2) cuando el acreedor, por su conducta, hiciera imposible la subrogación del fiador. Es importante que el acreedor no incurra en negligencia perjudicando los derechos del fiador. El ejemplo que da

VILLEGAS -en este caso- de que el acreedor trate de impedir que su deudor fuera a la quiebra, lo consideramos, simplemente, más como una hipótesis “de escuela” que otra cosa, dado que la realidad es mucho más compleja (y torturante, a veces) como para alcanzarse dicha finalidad; (3) cuando el acreedor hubiere recibido en pago otra cosa que le fuere debida: es indudable que estaría variando el cuadro obligacional de la fianza, por lo que debería asumir los riesgos consiguientes si la cosa entregada no satisficiera plenamente el monto adeudado.

Acorde con estos lineamientos correspondería, ahora, tratar el artículo 482 del Código de Comercio, que prevé casos de liberación del fiador aun antes de haber pagado.

El inciso 1° se refiere al supuesto de que el fiador fuera judicialmente reconvenido al pago de la deuda; interpretándose que se demandase judicialmente su pago. El inciso 2° evidencia en su primera parte una situación, quizá propia de otras épocas al decir cuando el deudor empieza a disipar sus bienes; pasando luego a otra hipótesis concreta: se le forma concurso. El inciso 3° menciona cuando la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo estipulado. El inciso 4° ya ha sido comentado; mereciendo la observación -siempre aguda- de SEGOVIA, al decir que es muy dudoso si esta excepción encuadra en el texto absoluto de nuestro número y me inclino a creer que su no reproducción importa que no ha sido aceptada por el legislador.

279. Jurisprudencia

Mencionaremos algunos casos de los decisorios de nuestro tribunal.

CNCom., Sala A del 13.VII.90, “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/Tessier, Oscar y otro” (E.D., 142463).

1. En la fianza comercial, que es siempre solidaria, a quien se obligó como principal pagador se le aplican las disposiciones relativas a los codeudores solidarios (art. 2095, Cód. Civ.), en cuyo caso la obligación deja de ser accesoria y establece un vínculo directo entre fiador y acreedor, con entera independencia del que vincula a este con el deudor principal; sin perjuicio de que entre fiador y fiado la relación siga siendo de fianza.

2. En la ejecución del saldo deudor de una cuenta corriente bancaria, emitido el certificado de saldo deudor al cierre de la misma y no habiéndose formulado reparos formales a ese instrumento, resulta habilitada la vía ejecutiva respecto de quien se obligó en calidad de fiador solidario, principal, liso y llano pagador, respecto de los saldos deudores que registrase la cuenta corriente bancaria, si no desconoció la firma del instrumento de fianza. CNCom., Sala C del 31.X.90, “Compañía Swift de La Plata S.A. y otros s/quiebra s/incidente de liquidación c/Deltec y Deltec Internacional Ltda. s/incidente de ejecución de adjudicación” (E.D., 140-372).

1. La fianza bancaria difiere de la garantía hipotecaria en las facilidades de realización en caso de incumplimiento del deudor afianzado; una fianza de banco de primera línea lleva en ese terreno una importante ventaja a la hipoteca por la celeridad y solvencia presumibles en la entidad otorgante. Pero en el contexto actual del sistema financiero es costosa y difícil la obtención de garantías de esa índole que, además, provocan limitaciones adicionales en la capacidad de crédito de la empresa, con consecuencias para su desenvolvimiento. La menor liquidez de la garantía, en el caso de la hipoteca, se compensa con una mayor certeza de cobro debido al conjunto de seguridades legales que la rodean, especialmente la acción individual de cobro ejecutivo y el privilegio especial para cobrar sobre el producido del

bien gravado con prelación a otros acreedores, en caso de concurso del deudor; sin olvidar ciertas ventajas propias del estatuto de esa garantía real de las que no dispone un simple acreedor quirografario, que indudablemente mejoran la situación del acreedor a la hora de ejecutar.

2. Si la firma bancaria fue pedida como condición de adjudicación en el pliego licitatorio, la exigencia de que las fianzas bancarias caídas sólo pueden ser reemplazadas por garantías de la misma índole carece de asidero legal o contractual si la adjudicataria cumplió en su momento con lo requerido y actualmente necesita reemplazar algunas fianzas no por su culpa. Por la sustancial alteración del mercado que redujo el crédito y endureció las facilidades para la obtención de garantías de esta índole, parece razonable que la apreciación sobre la sustitución de las fianzas se haga con criterio amplio, por lo que una hipótesis es apta para reemplazar idóneamente las garantías bancarias disipadas.

La aproximación entre fianza y aval motivó dos decisorios de la CNCom.: uno -en pleno- en los autos “Balfour Williamson Ltda. c/Siam Sociedad Industrial Sudamericana de Maquinarias Di Tella Ltda.” del 30.IV.75 (ED., 61-144), diciendo: Cuando en un contrato se prevé el reembolso de letras de cambio como pago, la obligación de garantía constituida por quien asume el carácter de fiador incondicional configura un aval, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 del decreto-ley 5965/63.

Con posterioridad a lo anterior se pronunció, en disidencia, la CNCom., Sala D, con fecha 26.V.81 (en E.D., 94-675) diciendo:

El plenario Balfour... impone características como “aval” el acto de caracterización dudosa, por haberse dado con el uso de expresiones como garantía incondicional; pero de ningún modo transforma en aval lo que fue querido como fianza.

280. Aval. Concepto

Dentro de las garantías bancarias podemos mencionar el aval, vinculado esencialmente a la letra de cambio y pagaré, cuya circulación refuerza.

Señala ALEGRÍA que el aval, en la actuación, no es visto con disfavor ni como señal de ausencia de crédito, sino como recaudo normal y, a veces, valorizador de la firma del deudor avalado.

Exhibe caracteres específicos que lo diferencian de otras garantías. El citado autor agrega que subsumir el aval dentro de la fianza puede resultar tan inadecuado como decir que la fianza es un seguro de crédito o que éste es un aval, cuando son especies distintas de garantía.

281. Definición

Es el acto unilateral no recepticio de garantía, otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye el otorgante en responsable garante del pago (ALEGRÍA).

DE SEMO -con su tendencia hacia las definiciones más descriptivas- expresa que el avalista viene a asumir la posición del avalado, vinculándose en forma solidaria con él y con los otros firmantes, respecto al portador.

282. Autonomía del aval

La doctrina que prevalece sostiene la tesis de la autonomía sustancial y de la accesoriedad formal del aval.

El aval no ingresa en una posición tomada de una precedente obligación cambiaria sino que la ley provee al avalista del derecho de elegir su posición y su responsabilidad, independientemente de cualquier vínculo formal o temporal. La posición del avalista en el nexo cambiario es inmediatamente sucesiva a la del avalado.

283. Atipicidad del aval

El aval es una obligación cuya tipicidad está ligada a su naturaleza de garantía cambiaria. La tipicidad del aval como garantía nada tiene que ver con las otras garantías del derecho civil. La disciplina del aval obedece exclusivamente a normas cambiarias en base a las cuales se establecen las relaciones entre avalista y avalado y los otros obligados cambiarios.

284. Diferencia con la fianza

En la fianza existe una obligación con dos deudores mientras que en el aval hay dos obligaciones autónomas y dos deudores. El fiador queda liberado si la obligación principal se extingue por razones personales del deudor, lo que no sucede en el aval. En la fianza se pueden oponer las excepciones personales del deudor, lo que no ocurre en el aval. El fiador sigue obligado mientras subsiste la deuda principal; en cambio el avalista queda liberado si la letra de cambio no fuera válida por falta de algún requisito.

Lo que es importante poner de relieve es la autonomía de las obligaciones, la que supera el concepto de accesoriedad de la fianza por cuanto el avalista asume una obligación abstracta y autónoma para el pago del título.

285. Sujetos del aval

Avalista puede ser un tercero o cualquier firmante de la letra.

Cuando el aval es dado por un endosante o por el librador, a favor del aceptante, acrecienta la garantía del portador agravando al mismo tiempo la posición de; los obligados cambiarios. En sentido contrario a lo anterior, se considera inútil el aval dado por el aceptante por ser éste el principal obligado cambiario.

Es posible la existencia de una pluralidad de avalistas por cuanto los mismos, al no presumirse la solidaridad activa, serán coobligados por la totalidad del documento, funcionando los principios de derecho común como obligados de igual grado.

En cuanto a la capacidad para obligarse como avalista es la misma que se requiere para los actos u operaciones comerciales.

286. Forma del aval

Conforme a lo dispuesto por el artículo 33 del decreto-ley 5965/ 63, el aval debe constar por escrito, entendiéndose esta modalidad como ad solemnitatem y no como ad probationem.

“Para constituir el aval no se requieren fórmulas sacramentales; tanto puede anteponerse a la firma del avalista las palabras 'por aval', como cualquier otra expresión equivalente”.

287. Aval en documento separado

Se trata de una cuestión bastante controvertida, quizá más en el plano doctrinario que en la práctica.

Por de pronto FARGOSI señala que si bien la solución es lícita, no por ello deja de ser cuestionable para poderse determinar, en definitiva, si esta clase de garantía adquiere la calidad de aval cambiario y si, por otra parte los avales de letras futuras pueden ser convalidados a la luz de lo que se estableciera en Ginebra

Doctrinariamente se lo considera un instituto mixto que se encuentra a medio camino del aval cambiario y de la garantía de derecho común (ROSSI).

En cuanto a los efectos cabe concluir que son sustancialmente iguales a los del aval estampado en la letra.

288. Lugar de inserción del aval. Aval y firmas extravagantes

El aval debe registrarse en el anverso de la letra. La firma colocada al dorso del documento, interrumpiendo la cadena de endosos, podría considerarse como no escrita al violarse los principios de formalismo antes enunciados.

289. Tiempo del aval

En líneas generales se entiende que el aval otorgado por tiempo menor al del vencimiento de la letra es nulo.

Diferentemente, será válido el aval otorgado por un tiempo que medie entre la fecha de vencimiento de la letra y el plazo de prescripción. En cuanto al aval otorgado por un plazo mayor que el de la prescripción, debe entenderse como limitado al plazo máximo de ésta.

290. Indicación por quién se otorga el aval

El apartado final del artículo 33 del decreto-ley cambiario establece que “El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga. A falta de esta indicación se considera otorgado por el librador”: presunción que es iuris et de jure.

A la inversa se admite prueba en contrario, en las relaciones internas entre librador, aceptante y avalista, si se demuestra que el aval fue concedido por el aceptante en vez de haberlo sido por el librador.

291. Aval condicionado

No se lo admite en virtud de la regla que cada obligación cambiaria debe ser pura y simple. Pero hay que decir -doctrinariamente- que hay otros autores admitiendo tal condicionalidad del aval (por ejemplo, aval para el supuesto de quiebra del aceptante).

Siguiendo lo que dijéramos, el aval no puede ser concebido como una mera firma más del obligado cambiario, sino que para cumplir su función económico-jurídica debe estar apuntalado por ese mínimo de rigorismo que sólo la obligación incondicionada proporciona.

292. Acciones del avalista que paga la letra

Le compete la acción directa contra el aceptante y la acción de regreso contra el librador, contra los endosantes que preceden al avalado y contra sus propios avalistas.

En la hipótesis de que exista más de un avalista de igual grado, es sabido que se le puede requerir el pago de la suma total; pero el coavalista que hubiere pagado tiene, por un lado, la acción cambiaria contra el deudor principal y contra todos los otros obligados cambiarios, y una acción, de derecho común, contra sus coavalistas de igual grado.

293. Aval de aval

Si bien existen discusiones al respecto estamos con ALEGRÍA en la viabilidad de esta forma operatoria.

Es preciso distinguir el aval de aval, de los coavalistas (firmantes de un mismo aval) y de la pluralidad de avalistas por un mismo obligado. La regulación de éstos es diversa y no tienen regreso cambiario entre ellos; mientras que sí existe ese regreso en el aval de aval.

294. Conclusiones

Vamos a transcribir, parcialmente, el párrafo respectivo de BONFANTI-GARRONE:

- i) El avalista queda obligado en igual forma que el avalado. Su situación es idéntica, en otros términos, a la del avalado, frente al tenedor legítimo de la letra de cambio.
- ji) Según a quien avala, el avalista revestirá la calidad de obligado directo (aceptante en la letra, librador en el pagaré) o bien, de regreso (cuando avale al librador, en la letra y uno o más obligados de regreso).
- iii) Limitaciones de la obligación del avalista: sólo puede limitarse en cuanto a la persona por quien o por quienes se otorga y en cuanto al monto.
- iv) Dada la autonomía de la obligación, no podrá oponer al accionante las excepciones personales del avalado.
- v) Cuando paga la letra, el avalista se coloca en situación idéntica a la del avalado respecto de los restantes obligados cambiarios.

295. Prenda. Antecedentes

Dentro de las garantías bancarias reales tenemos, fundamentalmente, la prenda y la hipoteca.

A fin de precisar conceptos, entendemos conveniente comenzar por el referido al “derecho real”, tal como nos lo proporciona ALLENDE: “Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto), una relación inmediata que, previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al derecho de persecución y al derecho de preferencia”.

Se trata de una definición un tanto extensa pero que, al mismo tiempo, es omnicomprensiva del perfil que tiene este derecho y que quedará trasuntado en las diferentes garantías a exponer.

Comenzando por la prenda, tenemos a la común y a la prenda con registro.

El concepto, elementos, requisitos, derechos y obligaciones de la primera se encuentran regulados en el Código Civil. El acreedor tiene sobre la cosa un derecho real, desmembrado de la propiedad; pero el Código lo reglamenta como contrato de garantía.

296. Definición

Es dada por el artículo 3204 del Código Civil o artículo 580 del Código de Comercio.

La prenda común es una garantía por la cual el deudor o un tercero entregan al acreedor un bien mueble, con la finalidad de asegurar una obligación civil o comercial, presente o futura, pura o condicionada.

297. Entrega de la cosa

Puede ser real o simbólica, rigiendo las reglas del contrato de compraventa. La cosa mueble se vende y por el saldo de precio se constituye una prenda a favor del ex-vendedor.

También la entrega puede ser por traditio brevi manu (art. 2387, Cód. Civ.), señalando que no es necesaria la tradición de la cosa para adquirir su posesión: (1) cuando se tenía a nombre del propietario y éste, por un acto jurídico, pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre; (2) cuando el que la poseía a nombre del propietario, comienza a poseerla a nombre de otro.

Hay alguna controversia doctrinaria respecto de si el acreedor tiene “tenencia” o “posesión” de la cosa.

ZAVALA RODRÍGUEZ sostiene que es mera tenencia, pero con determinadas acciones a ejercer: a) evicción contra el propietario (art. 3205, Cód. Civ.); b) derecho de recobrarla contra el deudor o un tercero (arts. 3227 y 3890, Cód. Civ.); c) derecho de recuperarla en caso de robo o abuso de confianza (art. 3208, Cód. Civ.). La reivindicación no es como poseedor desposeído, sino en cuanto la deposición afecte al deudor.

298. Naturaleza y carácter

Son varias las notas que hacen a su naturaleza: a) es accesoria: b) de garantía: c) real, pero no de goce (como es el supuesto de la anticresis): d) por último, es comercial, tal como surge de la obligación que garantiza.

En cuanto a su carácter, la prenda es indivisible. Mientras no se pague íntegramente, ni el heredero del deudor puede reclamar su parte en la cosa prendada: ni el heredero del acreedor, aunque hubiera recibido su parte, puede hacer liberación de la cosa prendada. Cuando se dieren en prenda muchas cosas, no se puede retirar una sin pagar el total.

299. Objeto

El objeto de la prenda es una cosa mueble, enajenable. También pueden ser objeto de prenda los créditos: así como una universalidad de cosas muebles (por ej. colecciones).

300. Capacidad

Son varios los supuestos que abarca el punto. El que da en prenda debe ser titular del bien (propietario) y en el caso de tratarse de bienes registrables deben de estar inscriptos a nombre de quien va a constituir la prenda.

Tratándose de bienes gananciales es necesario que la garantía real sea constituida por ambos cónyuges: y si los bienes están en condominio, la prenda debe ser constituida por todos los condóminos.

Para el caso de bienes de propiedad de una persona jurídica, la prenda debe ser autorizada por el órgano de administración y suscrita por el representante legal: requiriéndose poder especial en el caso de que firme un mandatario.

301. Prenda sobre títulos de crédito y moneda extranjera

Es un supuesto importante en la práctica bancaria, por lo que determinaremos los principales requisitos de esta operatoria.

En primer lugar, la prenda debe hacerse por escrito utilizándose la modalidad de los contratos-formulario de los bancos.

Cuando exista controversia, por ejemplo, un tercero acreedor del deudor prendario u otro, titular del bien prendado, lógicamente la vis probatoria adquiere especial relevancia por lo que conviene cumplimentar ciertos requisitos, a saber: (1) formulario debidamente integrado: (2) cumplimiento de los recaudos fiscales: (3) entrega de los títulos o de la moneda extranjera, al banco, por su título: (4) registración contable de la operatoria.

302. Derechos y obligaciones del acreedor prendario

El acreedor prendario tiene derecho a cobrarse sobre el bien dado en prenda. A tales efectos, conviene aclarar:

1) Si se trata de un bien mueble, tiene derecho a venderlo en remate público, debiendo publicar edictos. VILLEGAS señala -opinión que cabe compartir- que el banco no tiene que iniciar juicio alguno sino fijar la fecha de remate, publicar edictos y luego de ello dar

cuenta el juez del resultado del remate.

2) En el caso de papeles que se coticen en bolsa, el banco debe hacer vender esos títulos por un corredor del mercado al precio de cotización del día siguiente del vencimiento de la obligación.

3) Si se trata de certificados de depósito, el banco debe presentar el certificado al cobro, haciéndolo en el banco depositario y cobrar de allí, rindiendo cuenta al cliente sobre dicha operación.

4) Si los títulos que se presentan no son cotizables en bolsa, debe presentárselos a su cobro y si no fueren pagados hay que protestarlos, efectuando las notificaciones de rigor.

5) Si se tratare de moneda extranjera, su ejecución habrá de depender de la normativa cambiaria que rijan.

6) Un aspecto importante en este tema es el derecho que tiene el acreedor de retener el bien o bienes dados en prenda, hasta que fuera desinteresado, con referencia al crédito que se garantiza.

También tiene derecho a perseguir la cosa si estuviere en poder de un tercero o del mismo deudor.

La práctica bancaria -explicitada por VILLEGAS- encara otra cuestión de interés: la ley le confiere al acreedor el derecho de retención de la cosa, hasta ser pagado respecto de cualquier otro crédito, contra el mismo deudor, que hubiera sido contratado con posterioridad a la garantía prendaria.

7) Otro derecho del acreedor prendario es el de percibir los intereses y frutos de la cosa.

8) Para el supuesto de concurso o quiebra del deudor opera el privilegio prendario comprensivo del derecho de vender el bien y cobrarse con preferencia a cualquier otro acreedor. El privilegio es extensivo al capital adeudado, intereses y gastos efectuados por el acreedor.

En cuanto a obligaciones del acreedor prendario está la devolución de la cosa al vencer la prenda y su debida conservación.

303. Prenda con registro

Dijimos que además de la prenda común contábamos con la prenda con registro (sin desplazamiento), cuyo concepto puede ser éste: Se trata de un contrato por el cual, en garantía de un crédito, se afecta bienes muebles y que, inscripto en un registro, produce efectos contra terceros, dando lugar a la expedición de un certificado, que es transmisible por endoso.

304. Naturaleza

Se entiende que el depósito de la cosa, en manos del deudor, no debe ser interpretado en el sentido técnico de la palabra; agregando ZAVALA RODRÍGUEZ (a nuestro entender, un tanto dudosamente) que se constituye por esta figura una suerte de privilegio en favor del acreedor.

Este privilegio es sobre los bienes, los frutos y productos de la cosa y sobre la indemnización del seguro, en caso de siniestro.

305. Legislación

Corresponde al decreto-ley 15.348/46, ratificado luego por la ley 12.962 y modificado parcialmente por el decreto-ley 6810/63 y leyes 21.338 y 21.412. En cuanto a su decreto reglamentario lleva el N° 10.574/46, reformado parcialmente por los decretos 8572/60 y 11.774/60.

306. Caracteres

Es un derecho accesorio del crédito, indivisible y que responde a un origen contractual. Existe una enumeración taxativa respecto de quienes pueden ser acreedores prendarios. Estos últimos tienen derecho a proceder a la subasta del bien prendado, aun en caso de concurso o quiebra del deudor. Una cierta excepción a este criterio queda en manos del juez de la quiebra, cuando los bienes fueren indispensables en el supuesto de continuación de la empresa.

Otras notas dignas de ser destacadas son la siguientes: facultad de las entidades financieras de realizar la venta extrajudicial del bien prendado, aun en el caso de concurso o quiebra del deudor; existencia de un juicio especial y acción persecutoria del acreedor, contra el poseedor, en caso de venta del bien prendado.

307. Garantía de las operaciones

Rige un criterio de amplitud para referirse no sólo a las obligaciones de sumas de dinero sino, en general, al cumplimiento de cualquier otra obligación: de dar cosas ciertas, de hacer o de no hacer.

Pueden prendarse obligaciones futuras, condicionales, preexistentes y naturales; también pueden prendarse los intereses, pero no las cosas inembargables.

Si se trata de cosas ya prendadas, debe existir autorización escrita del acreedor para constituir nueva prenda.

308. Clases

Puede ser prenda fija o prenda flotante, cuyas características son las siguientes: (1) en la prenda fija se constituye sobre mercadería determinada; en la prenda flotante, el dueño puede venderla y, luego, reemplazarla; (2) en cuanto al plazo, la prenda fija es sin límite; en la flotante, el plazo queda limitado a ciento ochenta días (3) respecto de la inscripción, en la fija debe hacerse donde se encuentra el bien; mientras que en la flotante, la inscripción es en domicilio del deudor.

309. Aspectos del contrato prendario

En principio, establece contraprestaciones recíprocas, determinando la propiedad y posesión del bien. Este último es expresamente especificado, así como el crédito que se concede. Debe de haber capacidad específica del acreedor, el que figura en el artículo 5° de la ley (al que nos referiremos más adelante); si se tratara de sociedades comerciales, deben hallarse inscriptas en el Registro Público de Comercio, no pudiendo constituir prenda las sociedades irregulares.

La prenda de cosa ajena es nula. En cuanto al supuesto de nulidad del contrato prendario, la normativa señala que ocurre cuando el prestamista no está inscripto; si el interés que se establece es superior al que marca la ley; si faltare capacidad del acreedor o, bien, cuando la prenda fuere constituida a favor de una persona distinta de aquella con la que se celebró la operación que se garantiza.

Con referencia a la capacidad del deudor prendario es la común para disponer de bienes, pudiendo constituir la menor de más de dieciocho años autorizado para ejercer el comercio y siendo nula la prenda si el deudor está en cesación de pagos.

310. Acreedores según la ley

Como dijéramos, la ley efectúa en su artículo 52 una enumeración de aquellas partes que pueden ser acreedores prendarios; enumeración que, para la doctrina mayoritaria configura lo que se llama número cerrado (interpretación restrictiva de la norma) -tal ZAVALA RODRÍGUEZ-; mientras que para otros autores -CÁMARA- habría que inclinarse a favor de una interpretación amplia del texto legal.

Dejando de lado esta discusión -meramente doctrinaria- la norma menciona en el inciso a) del artículo citado al Estado Nacional, sus reparticiones autárquicas y las entidades financieras autorizadas por el BCRA.

Como nota destacable se menciona, asimismo, a las instituciones bancarias o financieras de carácter internacional de las cuales nuestro país fuera miembro, estatuyendo a favor de las mismas que no deben tener autorización previa alguna para la operación prendaria, ni tampoco establecer domicilio en el país.

El artículo citado no es muy feliz en su redacción por cuanto, un tanto promiscuamente, en su inciso b) menciona a las sociedades cooperativas -bien-, como a las sociedades de agricultores, ganaderos e industriales -mal-, pasando por alto el fundamento tipo-lógico que emana de nuestra Ley de Sociedades Comerciales.

Los restantes incisos comprenden a esa importante actividad agropecuaria de los acopiadores; luego, a los comerciantes e industriales inscriptos en el Registro Público de Comercio y, por último, en el inciso e) a las personas de existencia visible o jurídica inscriptos como prestamistas en la Dirección General Impositiva, con el aditamento de que el interés pactado en la operación no fuera superior en más de dos puntos al que cobre el Banco de la Nación Argentina en sus préstamos personales.

Como hipótesis especial VILLEGAS cita aquélla de los concesionarios de automotores que venden vehículos usados, los cuales son tenidos como acreedores prendarios en la medida en que acreditan actuar en comisión o consignación. Asimismo, el articulado legal es aplicable a los endosatarios; no pudiendo endosarse el contrato prendario a personas no comprendidas en la enumeración antes referida.

311. Constitución de otro gravamen sobre el bien prendado

En principio, esta hipótesis está prohibida y su violación implica la nulidad de la nueva prenda.

VILLEGAS aclara que es frecuente que los bancos constituyan una prenda en segundo grado cuando la prenda en primer grado se hallare pagada en su mayor parte, a efectos de que aquélla pase a ser de primer grado, cuando el pago pendiente se hubiere cancelado.

312. Prenda con registro sobre materiales industrializables

Este aspecto ha sido considerado por el artículo 82 del decreto-ley 15.348/46, permitiendo que el dueño de los bienes prendados pueda industrializarlos o continuar con ellos el proceso de su utilización económica, quedando los nuevos productos sujetos a la última prenda.

El citado autor justifica la disposición, señalando que ella se compadece con la naturaleza de la prenda con registro, evitándose de esta manera que los bienes prendados permanezcan inactivos.

313. Cláusulas optativas en el contrato de prenda

Pueden ser varias: (1) el acreedor puede reclamar el secuestro de la cosa y depositarla en manos de quien proponga; (2) puede establecerse el secuestro como medida inicial, por cuanto no se viola el orden público; (3) en caso de mora del deudor, el acreedor puede solicitar medidas precautorias sobre bienes de aquél; (4) puede constituirse un domicilio especial, a todos los efectos judiciales y extrajudiciales; (5) el deudor está obligado a constituir un seguro sobre la cosa prendada; (6) el deudor debe informar periódicamente al acreedor respecto del estado de la cosa prendada.

A continuación seguiremos con otros temas del asunto, siguiendo de manera prevaleciente la opinión de ZAVALA RODRÍGUEZ.

314. Inscripción del contrato

El contrato tiene efectos entre las partes desde que se celebra y, respecto de terceros, desde que se inscribe. Debe hacerse en el registro correspondiente a la ubicación del bien o bienes prendados. Si se trata de automotores, en el lugar de patentamiento.

Si los bienes están en distinta jurisdicción, el registro donde se inscribe debe comunicarlo dentro de las veinticuatro horas al registro donde están ubicados los demás bienes, para su anotación.

La duración es por cinco años contados desde la fecha de inscripción; luego caduca de pleno derecho. Cuando ello ocurre el acreedor pierde su privilegio y derecho a perseguir a terceros, pero se mantienen los efectos entre partes. Solamente pueden reinscribirse una vez y en la misma no interviene el deudor.

315. Cancelación de la inscripción

Puede ocurrir por diversas causas: (1) por orden judicial; (2) cuando el acreedor o el dueño de la cosa lo solicita, acompañando el certificado endosado por tenedor legítimo; (3) cuando el dueño de la cosa prendada adjunta comprobante de haber depositado el importe de la deuda en un banco oficial, con casa en el lugar más próximo donde se encuentra la cosa; (4) cuando la obligación principal quede rescindida; (5) si caduca el plazo de inscripción.

316. Certificado prendario y de gravámenes

Una vez inscripto el contrato debe expedirse a favor del acreedor un certificado de inscripción, que es la copia del contrato, con la constancia de inscripción y su número. Es instrumento público.

Además, la certificación de los gravámenes es a requerimiento judicial, de establecimiento bancario, de escribano público con registro o de quien tiene un interés en la prenda.

317. Cuestión de endosos

El tema transita por el artículo 24 de la ley, diciendo que se aplican los principios vigentes en materia de endoso en el Código de Comercio. No es así.

El dispositivo en la materia, que emana del decreto-ley de letra de cambio, dispone de otro régimen, por lo que no se lo puede tomar como una remisión.

Si hay protesto, no existe problema; pero si no lo hay, debe promoverse la demanda y notificar a los endosantes por medio auténtico. Debe inscribirse el endoso en el Registro, para que tenga efecto contra terceros.

Los endosantes quedan obligados en forma solidaria, pero no se trata de solidaridad cambiaria; pudiendo endosarse sólo en favor de la personas enumeradas en el artículo 5° de la ley.

318. Prenda flotante

La doctrina recuerda su afinidad con el instituto previsto en la anterior ley 8875, sobre debentures.

En general, la jurisprudencia consideró que lo afectado por la garantía era la empresa - undertaking en el concepto anglosajón-, con sus bienes presentes y futuros.

Las materias primas y mercaderías de la compañía pueden libremente ser dispuestas para su enajenación o transformación: tratándose de una carga de equidad (en el sentido de la equity anglosajona) gravando en todo momento el activo de una compañía y permaneciendo durmiente hasta que la empresa gravada deja de ser un negocio en marcha, por diversas causas: en esta instancia, la floating charge se hace efectiva.

319. Ejecución de la prenda

La ley referida comprende aspectos procesales y penales, además de los antes mencionados en materia comercial.

Circunscribiéndonos a los procesales, diremos que la acción ejecutiva no requiere protesto ni reconocimiento previo de firma; tratándose de un procedimiento sumarísimo, verbal y actuado que se inicia con el examen “cuidadoso” del juez, respecto del certificado.

En cuanto a la oposición de excepciones, si bien el texto legal menciona las “únicas” oponibles, ello no es así, por cuanto es oponible la nulidad, cuando ocurriese la adulteración del texto o vicios de inscripción en el Registro. Esta excepción sólo puede referirse a (1) adulteración del texto; (2) vicios de identificación de la cosa y (3) circunstancias que tuvieron atinencia con las condiciones del certificado prendario.

Otra excepción oponible es la de inhabilidad de título -la “gran” excepción, por excelencia; pero no el abuso de firma en blanco, ni las excepciones de espera, novación y litispendencia. Sí puede oponerse la de falsedad de firma del certificado.

VILLEGAS agrega que para las entidades financieras autorizadas conforme a ley 21.526, se ha previsto un procedimiento más expeditivo, llamado “ejecución administrativa”, que les permite presentarse al juez competente y solicitar únicamente la orden de secuestro del bien prendado. Luego de ello, debe procederse al remate publicando edictos y, después, dar cuenta del resultado a la autoridad judicial.

320. Hipoteca. Antecedentes

Dentro del contexto de las garantías bancarias la hipoteca ocupa un lugar de preferencia por la seguridad que un inmueble (u otros bienes admitidos por ley para constituir este gravamen) representa para el acreedor.

Sin embargo, se hace necesario compatibilizar la rigidez propia de todo derecho real con las ventajas, más flexibles, de la contratación bancaria, en aras a encontrar un punto de equilibrio entre una normativa codificada, por un lado y las formas operativas del crédito bancario, por el otro.

Si bien la hipoteca está regulada en el Código Civil -artículos 3108 y sigs.-, ese cuerpo legal proporciona un concepto restringido del instituto teniendo en cuenta que, además de garantizarse con hipoteca obligaciones de dar sumas de dinero, puede también garantizarse cualquier tipo de obligaciones de dar cosas ciertas, de hacer, de no hacer; pasadas, presentes o futuras; eventuales, puras o condicionadas.

321. Definición y caracteres

Está definida en el mencionado artículo del Código Civil como el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles que continúan en poder del deudor.

Desarrollando sus caracteres esenciales, es obviamente un derecho real, conforme a la definición que hemos dado supra. Acorde con lo dicho, el orden público adquiere relevancia fundamental y en los términos del artículo 2502 del Código Civil, esos derechos sólo pueden ser creados por ley y su tipicidad genérica no puede ser modificada por la voluntad de las partes.

Es un derecho accesorio del crédito cuyo cumplimiento garantiza. La accesoriedad de la

hipoteca está marcadamente señalada por el codificador en diversos artículos y de modo especial en la nota al artículo 1445. Al respecto se dice que “la relación que existe entre la hipoteca y el crédito para seguridad del cual ha sido establecida es íntima de tal manera que la hipoteca no podría ser concebida como si tuviere una existencia propia que permita separarla del crédito al cual adhiere, para unirla a otro” (ARGAÑARAZ).

Es un derecho convencional. La doctrina señala con énfasis la posición asumida por el codificador al alejarse de otros derechos que posibilitan hipotecas legales o judiciales. “Al consagrar el carácter convencional de los gravámenes hipotecarios siguió el Código sus naturales consecuencias o sea la de ser expresos, especiales y públicos” (CAMMAROTA). Responde a principios de publicidad debiendo resultar oponible a terceros mediante la inscripción del documento en los registros pertinentes (arts. 3134 y 3135).

Es indivisible, carácter que debe interpretarse en el sentido de que si una parte de la deuda fuera pagada, igualmente el gravamen persiste en su integridad.

Debe respetar el principio de especialidad, ya con referencia al objeto, bien, referido al crédito.

En cuanto al objeto se cumple señalando en forma expresa el inmueble que se afecta, al constituirse el gravamen. En cuanto al crédito, debe expresarse la suma cierta de dinero que se afecta o, en su caso, la manifestación del valor estimativo en el acto de constitución del gravamen. Alguna otra opinión doctrinaria agrega a lo anterior el requisito de constancia de la causa.

NIETO BLANC et al expresan que “esta última cuestión es, justamente, la que abre la polémica no concluida sobre el alcance del mentado principio... En el ámbito de actuación bancaria el hecho señalado se ve agravado por la generalización de hipotecas constituidas para garantizar obligaciones preexistentes, presentes o futuras del deudor, a lo que la práctica asignó la denominación de 'hipotecas abiertas’”.

En líneas generales la cláusula de estilo en el punto se expresa en los siguientes términos: “La garantía hipotecaria cubrirá todos los créditos y obligaciones pasadas, presentes o futuras, vencidas o a vencer, por operaciones que constituyen el tráfico bancario, sujetas a las cláusulas y demás condiciones que en cada caso se pactaren o hayan pactado”. Se agrega el monto máximo de la garantía.

El tema interpretativo se origina al sostenerse que en virtud de la cláusula antes enunciada, queda vulnerado el principio de especialidad, por lo que la hipoteca sería nula al no determinarse el crédito al cual accede.

Las opiniones están divididas. Por un lado, VIDELA ROJO se pronuncia en favor de esta clase de hipotecas al señalar que “las operaciones que caracterizan al contrato bancario en el que pueden participar esquemas clásicos del derecho mercantil y civil, suministrando los moldes utilizados por el banquero conforme lo demandan las nuevas formas y necesidades, carecerían de acceso, de estarse a la interpretación dogmática, a la garantía hipotecaria, por no poder exteriorizar en el acto constitutivo del crédito determinado en dinero a que accede. La dinámica de los negocios y necesidades operativas empujan a la aceptación de formas convencionales, carentes de referencias específicas en normas, pero que responden a las mencionadas necesidades operacionales... La ley de aplicación requiere que se consigne la suma cierta y determinada garantía... Para dicho acto constitutivo no es imperativo que se transcriba el contrato u obligación principal. El mandato legal, a nuestro criterio, requiere que en el acto constitutivo del gravamen se haga constar en moneda corriente el valor de la obligación garantizada”.

Por el otro lado, en sentido contrario a lo anterior, tenemos la opinión de CAUSSE, quien

entiende que “no se compadecen con los recaudos exigidos por los artículos 3109 y 3131 del Código Civil, las fórmulas instrumentales usualmente utilizadas por las entidades financieras para la constitución de garantías hipotecarias de cobertura por operaciones de intermediación monetaria. En principio, tales estipulaciones están alcanzadas por la pena de nulidad y afectan al gravamen por defecto de especialidad, oponible tanto por terceros, cuanto, por el deudor mismo”.

Esta es, también, la opinión de RIVERA, quien señala que en materia de obligaciones eventuales se admite que la obligación sea futura, pero debe existir a la época de constitución de la hipoteca el contrato u otra causa fuente de las obligaciones futuras. Ese contrato o cualquier otra causa debe de estar descripta en el acto constitutivo de la hipoteca. Quedan, entonces, fulminadas las hipotecas constituidas antes del contrato fuente.

Otros autores afirman que la especialidad en cuanto al crédito impuesta por la ley, obliga a circunstanciar aun en las obligaciones futuras eventuales, la causa (fuente), entidad (objeto de la prestación) y extensión (magnitud) de las mismas, resultando insuficientes las cláusulas genéricas relativas a las obligaciones pasadas, presentes o futuras entre las partes. Por eso, la cláusula de garantía general hipotecaria no es válida en nuestro derecho.

Pasando ahora a la jurisprudencia, entre los diversos fallos que tratan la materia se cita uno de la CApel. Civ. y Com. de Rosario. Sala 1, del 27 de abril de 1967. autos “Chiesa Hnos. Ltda. C/Curtiembre Andino S.R.L. y otros” (L. L., 127-198), en el cual se resolvió por haberse omitido en la escritura hipotecaria toda mención a la naturaleza del contrato a que accede la garantía, el acto constitutivo adolece del defecto de no respetar la especialidad de la hipoteca, lo que importa su nulidad (art. 3148. Cód. Civ.) nulidad, ésta, que es de carácter absoluto puesto que autoriza expresamente al propio deudor a oponerla, contrariando el principio general que prohíbe hacerlo a quien la produjo o concurrió a producirla. Consecuentemente, el título de esta ejecución es inhábil, bien entendido que sólo en cuanto título hipotecario y sin perjuicio de las implicancias de otro orden que puedan surgir del acto público en cuestión.

Después de este breve excursus y a pesar de nuestra convicción anticausalista (en general) - la ciencia de nuestros días se mueve en torno del principio de incertidumbre-, entendemos que la construcción técnica de los derechos reales hace que deba prevalecer un criterio de especialidad. en la constitución de esas garantías, más allá de la lógica evolución que tiene - debe tener- la operatoria bancaria, ciertamente más dinámica, fluida y cambiante que esos derechos reales a los que se vincula.

El banquero, con independencia del riesgo propio de su oficio, deberá por principio actuar dentro de la normativa jurídica vigente -civilista-, por cuanto ello contribuye en última instancia a la indispensable seguridad jurídica a la que aspira todo ordenamiento legal, pero, quizá, en mayor medida, por la idiosincrasia del negocio, la actividad bancaria. Más que hablar de una contraposición de criterios deberíamos permanecer en la indispensable armonía entre las normas de nuestro Código Civil y los requerimientos -a veces urgencias- del crédito bancario. Aquí operaría una suerte de autolimitación por parte del banquero que, si bien busca la seguridad de su crédito, deberá adecuarlo a las circunstancias que el derecho positivo provee: no mucho más lejos de ello.

322. Extensión de los derechos del acreedor

Comprende diversos aspectos:

a) Con relación a los bienes, la garantía hipotecaria se extiende a todos los accesorios; prevaleciendo en este caso la intención con que esas cosas han sido colocadas en dicho acto. De ahí la conveniencia de determinar las mejoras y accesorios incorporados al inmueble hipotecado.

En cuanto a los frutos naturales o industriales forman parte de la garantía mientras se encuentren unidos al inmueble. Asimismo están comprendidos los frutos civiles, como los alquileres o rentas.

b) Con relación al crédito la hipoteca comprende el capital adeudado, con su ajuste: los intereses, las indemnizaciones por mora y las costas y gastos de la ejecución.

c) Con relación a la conservación del crédito: el acreedor está facultado para aplicar una serie de medidas tendientes a que su derecho no sea conculcado o disminuido, pudiendo pedir el embargo y secuestro del bien y de las cosas extraídas para que no perdure el perjuicio de que fuera objeto.

323. Preanotación hipotecaria. Noción

Se trata de un instituto creado por el decreto-ley 15.347/46 (ratificado más tarde por ley 12.962), con la finalidad de superar las dificultades propias de una operación con garantía hipotecaria, posibilitándose que mediante un trámite rápido y sencillo se pudiera perfeccionar, luego, la hipoteca, dentro del lapso fijado de cuarenta y cinco días, con el aditamento de que la preanotación pudiera reinscribirse cuantas veces fuere necesario. Dice FERRAGAUD que el instituto “ha sido establecido para garantizar los adelantos que los bancos otorguen a sus clientes. Se entiende que la preanotación hipotecaria... garantiza una operación precisa y determinada”.

Esta operación puede realizarse a favor de la banca oficial nacional, sobre la base del decreto-ley antes citado o a favor de la banca oficial provincial, por la ley 15.283.

Es una garantía real constituida en seguridad de un crédito en dinero, sobre un bien inmueble que permanece en poder de su titular. Reúne los caracteres de oponibilidad, persecución y preferencia típicos del derecho real. Se aclara que los derechos del propietario constituyente de la preanotación experimentan un desmembramiento en orden a que no puede realizar ningún acto que importe la disposición material o jurídica del o de los inmuebles gravados.

324. Objeto

Se puede constituir únicamente sobre inmuebles; no sobre buques o aeronaves, debiendo ser un inmueble que esté en el comercio.

La obligación debe existir al momento de constituirse la preanotación hipotecaria.

325. Constitución

Dice VILLEGAS que la ley ha previsto un trámite sencillo y expeditivo. El banco se limita a solicitar un informe al Registro de la Propiedad Inmueble (a) sobre las condiciones de dominio y (b) que el propietario no se encuentre inhibido. El contrato se registra en un

formulario especial del banco, por el cual el cliente se obliga a constituir una garantía hipotecaria sobre el inmueble.

Estos son los elementos necesarios y suficientes para que el banco proceda a solicitar al mencionado Registro, por nota, la inscripción de esa garantía, que por parte de la entidad financiera es suscrita por un funcionario a mérito de un poder especial irrevocable que se le otorga.

326. Derechos del acreedor

Son los mismos que tiene el acreedor hipotecario. Se puede exigir la constitución de la hipoteca, y en caso de que el deudor fuere renuente puede demandarse el otorgamiento de la garantía por la vía judicial.

Las situaciones de concurso preventivo o quiebra del deudor no afectan los derechos del acreedor: se aplican las mismas reglas que la hipoteca.

327. Constitución de preanotaciones hipotecarias abiertas

ORDUNA estudia la cuestión en un dictamen del Banco de la Nación Argentina.

Dice este comentario que “dado que la preanotación hipotecaria se ha introducido en nuestra legislación para un sector caracterizado de bancos y para operaciones bancarias ya contraídas, debe hacerse una aplicación restrictiva de sus normas y de ninguna forma ser extensiva a situaciones jurídicas que no están expresamente encasilladas en la letra o el espíritu de la ley”.

Agrega más adelante que el articulado expreso de la garantía analizada nos dice que la relación o el vínculo jurídico debe existir simultánea o anteriormente a la constitución del gravamen, aunque la calidad del deudor sólo pueda ser eventual.

En este análisis, finalmente, se expresa que “esta garantía puede, por ejemplo amparar el cumplimiento de las obligaciones que se derivarán para el deudor de un contrato de aval en moneda ya concedido o de una línea específica de crédito ya otorgada para determinada operación, aunque no utilizada aún por el deudor, a ese momento. Y en todos estos casos se deberá precisar la fecha, naturaleza y características del contrato o vínculo ya contraído, al otorgarse la preanotación”.

328. Caducidad de la garantía

Se menciona: a) por el vencimiento del término de validez de la inscripción; b) cuando el prestatario hubiere cancelado el crédito más sus intereses; c) por la inscripción de la escritura pública en hipoteca, que garantice el crédito.

329. Premisa

La necesidad -y, a veces, urgencia- de asistencia financiera a la empresa moderna es decisiva y fundamental.

Esa necesidad se procura satisfacer sobre la base del crédito, por un lado, o con el aporte de capital, por el otro: hay un creciente acercamiento entre bancos y mercados de capitales, y - como ya hemos dicho-, la tradicional función intermediadora de la actividad bancaria se ha visto complementada por la injerencia de los bancos en esos particulares mercados.

En este específico contexto se destaca el contrato de underwriting (conocido universalmente por esa voz anglosajona) procedimiento que desde un ángulo económico permite que una entidad que opera en el mercado de capitales haga anticipos a una sociedad emisora de títulos-valores con referencia al producido de su futura colocación en el público.

330. Definición

La mencionada voz extranjera está conceptualizando el sentido y proyección del contrato, al señalar mediante under que está “por debajo de” la suscripción: concretada ésta en la segunda parte de la expresión writing. Hay a modo de un sostén de la suscripción de la emisión, que proporciona la apoyatura técnico-económico-jurídica a toda la operación en sí, con las variantes que permite la operatoria.

Esta apoyatura no se agota en el mencionado prefinanciamiento “sino que involucra una serie de asesoramientos, estudios y/o consejos por parte del underwriting, como conjunto de obligaciones de hacer que convergen, de modo interdependientes, hacia un mismo objetivo de resultado consistente en arribar al buen éxito del negocio celebrado”.

Es lo que la moderna doctrina bancaria califica como ingeniería financiera (ya descrita en esta obra), sancionada inclusive por alguna normativa moderna como es la ley bancaria francesa de 1984(art. 5°)

Los autores nacionales antes citados dan, sobre la base de los conceptos enunciados, una definición analítica -podría decirse- del instituto; mientras que otro autor, LINARES BRETÓN, define a esa convención escrita como “consensual, atípica y bilateral onerosa, celebrada entre una entidad emisora y un banco de inversión, compañía financiera o banco comercial, con contenido obligacional variable con relación a una emisión en masa de valores mobiliarios, a los fines de asegurar su cobertura”.

Este mismo sentido de aseguración contra los riesgos es señalado por otro autor nacional, GHERSI.

331. Antecedentes

Dejando de lado referencias más bien de carácter remoto, concretamente la mención que procede hacer es la ley 21.526 de entidades financieras (1977) que, además del carácter funcional virtualmente omnicompreensivo de los bancos comerciales (art. 21), hace mención al instituto en la regulación de los bancos de inversión (art. 22, inc. c) y de las compañías financieras (art. 24, inc. f).

En ambas normas se ve a los valores mobiliarios vinculados con operaciones en que intervienen; agregándose “y prefinanciar sus emisiones y colocarlas, según el texto legal”. También se cita como antecedente a la ley 21.629 -que regulaba la Carta Orgánica del ex Banco Nacional de Desarrollo-. En su artículo 32, inciso 11, autorizaba a la institución a

“comprar, vender, suscribir, prefinanciar, integrar o garantizar la integración de títulos-valores, pudiendo actuar como agente colocador en forma directa o en consorcio”.

332. Caracteres del contrato

Se mencionan las siguientes:

- a) Consensual: al perfeccionarse por el solo consentimiento de partes. BONEO VILLEGAS et al aclaran que con esta modalidad el contrato queda concluido como tal aunque con posterioridad se realicen las distintas etapas relacionadas con la emisión y colocación de los títulos prefinanciados. En otras palabras, se establece distancia respecto de un presunto carácter real del contrato.
- b) Bilateral: el sinalagma contractual emerge con caracteres obvios.
- c) Oneroso: las prestaciones recíprocas que se efectúan así lo están considerando.
- d) No formal: ello no empece a que se instrumente en debida forma, fijando los derechos y obligaciones de las partes. Si la emisión de acciones es tomada en firme por el underwriter será necesario un contrato en doble ejemplar, ajustado a la ley 19.550, artículo 186.
- e) Innominado: adoptándose un enfoque causalista, se dice que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, siendo su causa nueva y diversa de cada una de las que son propias de los contratos nominados.
- f) Desde el punto de vista funcional, se lo considera como un claro contrato enmarcado dentro del mercado de capitales.

333. Modalidades

La práctica ha señalado algunas variantes del contrato según que la adquisición sea en firme o, bien, se limite a lo que se llama “mejor esfuerzo” del underwriter, es decir, ubicándose en una posición de intermediario.

Inclusive, en algún derecho extranjero se visualiza, en el primer caso, diferentes papeles o roles que puede asumir el intermediario en la compra: (1) si es el lead manager; (2) si se compromete a comprar una parte de las acciones; (3) si solamente apoya la venta, considerándose miembro del selling group.

BONEO VILLEGAS et al aclaran que, jurídicamente, “el contrato de underwriting en firme no difiere del contrato de suscripción... económicamente, en cambio, su función es la de un intermediario financiero, puesto que su propósito es desprenderse de los títulos lo más rápidamente posible... su actitud no es la de un inversor, sino la de un intermediario....”

El carácter de prestamista asumido por el underwriter queda revelado en esta operatoria, en la cual se perfilan dos negocios jurídicos distintos: por un lado, un mutuo comercial (art. 558 concordantes del Cód. de Com.); por el otro, una combinación entre mandato y corretaje.

BARBOSA DE OLIVEIRA nos ilustra acerca de diversos aspectos operacionales del underwriting:

- Existencia de un clima de confianza en los resultados de la economía; hay que tener particularmente presente la sensibilidad del mercado de acciones.
- Estabilidad política.
- Inflación controlada.

- Mercado secundario activo.
- Motivaciones para la oferta de nuevos títulos.

En el curso de la operatoria se discierne diversas fases: una, inicial, concretada en que la empresa emisora proporciona las primeras informaciones: últimos balances, estatutos sociales, actas de asambleas, informaciones económico-financieras, etcétera. Luego hay una fase de negociación en la que intervienen los diversos departamentos de la organización: operativo, económico, financiero, técnico, jurídico.

Se determinan luego las dimensiones del lanzamiento: volumen a emitir y tipo de acciones. La determinación del precio de las acciones debe ser “justo” -según este autor-; lo que constituye más de una vez una expresión de deseos que otra cosa. Se fijarán asimismo las comisiones a pagar al underwriter.

Cuando las acciones a colocar carecieren de tradición en el mercado se aconseja la constitución de un fondo de liquidez.

La fase final de la operatoria estará constituida por la realización de los trámites legales pertinentes.

334. Objeto del underwriting

En general puede decirse que sólo pueden ser objeto underwriting del las acciones, los debentures y, ahora, las obligaciones negociables. Quedan descartados, en consecuencia, los títulos cambiarios, como ser el pagaré y la letra de cambio.

La doctrina ha señalado con particular énfasis que pueden ser creados nuevos títulos causales; no así títulos abstractos.

Se menciona que la Comisión Nacional de Valores ha seguido los carriles de esta doctrina; citándose como ejemplo la autorización a una empresa privada de oferta pública de un título de deuda sobre la base de configurar un título causal reuniendo los requisitos preceptuados por el artículo 17 de la ley 17.811. También se menciona como ejemplo, en la línea de pensamiento expuesta, la autorización a la Bolsa de Comercio de San Juan con referencia a la oferta pública de certificados de añejamiento y tipificación de vinos, al reunir dichos títulos los requisitos de causalidad y representatividad.

335. Cuestiones vinculadas a la ley 19.550

La operatoria señalada colisiona, en principio, con el artículo 194 de la ley de sociedades comerciales, que reconoce el derecho de suscripción preferente a los accionistas de una sociedad, en el supuesto de un aumento de capital, con relación a terceros interesados.

También, el derecho de acrecer en proporción a su tenencia de acciones.

Como se ha dicho, el underwriter en firme realiza una virtual suscripción de acciones, convirtiéndose de esta manera en accionista de la sociedad.

BOLLINI SHAW et al, con referencia al tema, mencionan como antecedente que lo hubiera tratado el correspondiente a las Primeras Jornadas sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras (1969), en las que se propuso transformar a la entidad prefinanciadora en suscriptor provisional a título reductible.

LINARES BRETÓN, en el comentario citado, estima que una solución podría ser la de pactar en el underwriting una cláusula por la cual la entidad emisora se obliga a respetar el

derecho de los accionistas. Una vez vencido este plazo de reserva, se estaría en condiciones de ofrecer los títulos a terceros.

Surge, como cuestión conexas, la del precio de la nueva suscripción, que debería ser el del valor nominal de las acciones a emitirse; lo que haría neutra la eventual ganancia del prefinanciador. Todas estas cuestiones deben ser previstas en el contrato de underwriting, operación de por sí delicada por los múltiples intereses que involucra.

336. Conclusiones

El slogan de saving capital -expresado por los economistas de los últimos tiempos- aparece cada vez más con un sentido de sustantividad.

El desarrollo tecnológico de la empresa, casi sin límites, se ve no obstante trabado o interferido por la falta de un apoyo financiero adecuado que permita concretar las múltiples oportunidades de la creación humana.

Dentro de este panorama, el banco moderno (quizás acuciado por lo parabancario) ha ido exorbitando su función intermediadora en forma progresiva, pasando de la oferta y demanda de recursos financieros a un contexto más próximo a la empresa, y haciéndolo por diversas vías.

Una de ellas, el underwriting, delinea la financiación anticipatoria haciendo posible su ingreso en el mercado de capitales, siempre expectante en la búsqueda de oportunidades de colocación financiera.

El contrato que analizamos exhibe de esta manera una valoración singular (en las diversas modalidades que adopta) configurándose a modo de un complemento del crédito bancario, discurriendo por vías muy propias y ciertamente a través de una manifiesta impronta económica.

Básicamente, el desarrollo y perspectivas del underwriting habrá de seguir la suerte calificadora del mercado de capitales que, en nuestro país (hacia mediados de 1992), está evolucionando sobre la base de una estabilidad financiera aun incipiente.

La normativa que lo recepte -¿necesaria?- quedará condicionada por estas circunstancias que gravitan interrelacionando lo jurídico con lo económico en las cuales la fase política (como en todo lo bancario) habrá de tener manifiesta repercusión