



INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL

LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. PRIMERAS REFLEXIONES ¹

Por: Fernando Javier MARCOS²

Sumario: I. Introducción sobre la materia contractual bancaria. II. La designación utilizada en el Código para calificar a estos contratos. III. Metodología empleada y tópicos tratados por la reforma. IV. Los contratos en particular. Breve reseña. V. Implicancias del nuevo régimen legal de la moneda extranjera. VI. Comentarios para el cierre.

I. Introducción sobre la materia contractual bancaria

1. Como lo expresa el título de estas líneas, se pretende aquí presentar —y solo eso— estos particulares contratos, que por primera vez son tratados en la legislación de fondo de manera sistemática. Es que a excepción de la cuenta corriente bancaria regulada en los artículos 791 a 797 del Código de Comercio, al resto de los principales contratos que son ahora tipificados por el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), se le aplicaban normas de los contratos de mutuo o depósito, por ejemplo, que se encuentran legislados en el Código Civil (Código de Vélez) y en el Código de

¹ Publicado en la revista “Derecho Comercial y de las Obligaciones” Tomo 2015.B, pp. 1465/1484.

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (Fac. Derecho UBA). Doctorando en la Facultad de Derecho UCA.

Docente de grado: Departamento de Derecho, Universidad Nacional de La Matanza, en las asignaturas Derecho Civil II (Obligaciones y Resp. Civil) y Derecho Comercial II (Concursos y quiebras, Títulos valores).

Docente de postgrado: Diplomatura de Derecho Concursal (UMSA-Colegio Público de Abogados Capital Federal).

Miembro titular del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón y del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Autor de artículos publicados en diversas revistas jurídicas, entre otras actividades.

Comercio citado anteriormente, como así también en normas reglamentarias, tales como decretos del Poder Ejecutivo y circulares emitidas por el Banco Central de la República Argentina.

En sí, los denominados “contratos bancarios”, identificados como una categoría o especie dentro de los contratos comerciales o de empresa, tienen un lugar destacado en el mercado y en la vida cotidiana de las personas en general, cuando estas integran —en la mayoría de los casos— el circuito formal de la economía.

Esto se traduce en innumerables operaciones que las entidades bancarias realizan diariamente con sus clientes, los que se dividen o clasifican básicamente en dos sectores o tipos que conforman las llamadas cartera comercial y cartera de consumo o vivienda³.

No se debe perder de vista que además de los caracterizados como clientes, es decir, aquellos que celebran contratos con los bancos, también existen otros sujetos que no lo son, dado que se trata de simples usuarios o consumidores de servicios bancarios, como es el caso de aquellos que concurren a pagar distinto tipo de obligaciones tributarias, a efectuar depósitos en cuentas de clientes del banco (para cumplir, por ejemplo, obligaciones pactadas en otros contratos), pagar facturas comerciales o relacionadas con servicios públicos (teléfono, energía eléctrica, gas etc.).

Los contratos que dan origen a este comentario, son también considerados como “contratos de empresa”, porque el banco —sujeto cuya participación es de carácter necesario para su válida celebración⁴— naturalmente lo es, porque “tiene por objeto esencial y típico el manejo y la intermediación del crédito en forma profesional y permanente”⁵. Desde esta perspectiva, es evidente que “la empresa bancaria, es, ante todo, un círculo de actividad regida por la idea de organización del empresario”⁶, quien hace de la concertación de operaciones bancarias propiamente dichas (depósitos, préstamos, descuentos, aperturas de crédito) y otros servicios conexos que integran el

³ BCRA, Com. A 5637, t.o. 15-04-15, punto 5.1. Además, véase artículo 1379 del CCyCo.

⁴ Véase ley 21.526, artículos 1 y 2, entre otros.

⁵ FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, T. III-D, p. 136. Se debe recordar que el propio Código de Comercio de la Nación que deroga la ley 26.994, incluía dentro de los actos de comercio a las operaciones de banco (“operación de banco”, artículo 8 inc. 3. Cód. Com.).

⁶ GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, Aguirre, 1975, 2da. Edición, p. 10.

amplio menú que estas entidades ofrecen a sus clientes y al público en general, una actividad profesional, con la que lucra de manera habitual y lícita⁷.

Además, a pesar que la unificación ha hecho desaparecer la clasificación legal de contratos civiles y comerciales, se debe agregar que estos pactos son por su esencia, de índole mercantil (como género) y bancarios-financieros (como especie), caracterización que todavía mantiene vigencia por diversas razones significativas. Esto es así, porque al igual que sucedió en Italia con el Código Civil de 1942 —que también produjo en su momento la unificación de las obligaciones civiles y comerciales—, se puede afirmar también para el caso de la Argentina, que “la distinción entre contratos civiles y comerciales, por de pronto, tiene importancia desde el punto de vista sistemático, en cuanto implica una doble agrupación de ellos que, respecto de los contratos comerciales, se explaya alrededor de los conceptos de empresario comercial y de derecho (objetivo) de la empresa”⁸.

Por su parte, las normas de fondo sobre la actividad bancaria y financiera en general, como aquellas que las reglamentan, integran a su vez el llamado *derecho bancario*, compuesto por “el conjunto de normas jurídicas, públicas y privadas, que regulan la relación entre los bancos, el cliente bancario y la autoridad de control (en nuestro caso, el Banco Central de la República Argentina)”⁹.

A ello se debe sumar la naturaleza fundamentalmente financiera de las operaciones bancarias (depósito a plazo o a la vista, préstamos, descuentos, cuentas corrientes, cajas de ahorro) que, cuando son realizadas profesionalmente por el banco, forman parte inescindible del mundo de los negocios (intercambio de bienes y servicios) que integran y caracterizan a la vez a la actividad comercial propiamente dicha¹⁰.

En resumen, de lo que se viene expresando en forma acotada y de modo introductorio, se puede advertir que el contenido de estos contratos está representado por las operaciones bancarias.

Como recuerda GARRIGUES, la *operación bancaria* desde el ámbito del derecho, debe ser entendida “como negocio jurídico, como contrato concluido por el Banco en el desenvolvimiento de su actividad profesional y para la consecución de sus

⁷ MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1996, T.II, pp. 6-8.

⁸ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, 1986, Ed. EJE, T. I, p. 454.

⁹ RAPONI, Osvaldo A., *Descubierto en cuenta corriente bancaria*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p.10.

¹⁰ GERSCOVICH, Carlos G., *Consumidores Bancarios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 46.

propios fines económicos”¹¹. Siguiendo esta línea de pensamiento, el contrato bancario resulta ser “el esquema jurídico de la operación bancaria”¹²

Más adelante al tratar la denominación dada por el Código Civil y Comercial a este grupo de contratos, ampliaremos sobre el tipo o clase de operaciones que en la actualidad comprende y lleva adelante la actividad bancaria.

2. Retomando lo planteado al inicio sobre la relevancia de estos contratos, se debe tener en cuenta que en esta particular materia se encuentra comprometido directamente el *interés público*. Esto es así, porque el objeto fundamental de la actividad bancaria es “la intermediación dineraria y crediticia”¹³ habitual y realizada en forma de empresa entre la oferta y la demanda de recursos financieros, los que son captados (captación de ahorro público) e incorporados al patrimonio de los bancos, para luego ser colocados y transferirlos a otros sujetos de crédito.

Y no podía ser de otra manera, máxime cuando la “función característica de los bancos consiste en ser mediadores en el tráfico de dinero”¹⁴. Su materia prima está compuesta por los recursos financieros, insumo básico e insustituible para permitir el otorgamiento de créditos en todas sus formas y, con ello, posibilitar el crecimiento y desarrollo de la economía de una nación.

Antes de seguir con nuestro análisis, vale la pena recordar las palabras del maestro Raymundo FERNÁNDEZ, quien hace años se refería al *crédito* expresando que “es un elemento esencial en la economía moderna, sobre todo en el comercio, porque permite mediante el uso de capitales ajenos, la realización de operaciones en mayor escala que si sólo se efectuaran al contado, lo que trae un aumento en el volumen del negocio, con el consiguiente beneficio individual y colectivo”¹⁵. De allí la justificada intervención estatal en el negocio financiero (siempre con los límites que impone la razonabilidad, algo complicado de materializar en la práctica, por lo menos en la Argentina) a través de su regulación y fiscalización, tarea que se encuentra a cargo del Banco Central de la República Argentina (Ley de Entidades Financieras —21.526— y Carta Orgánica del Banco Central —leyes 24.144 y 26.739—).

¹¹ GARRIGUES, J., op. cit., p. 28.

¹² GARRIGUES, J. op. cit., p. 31.

¹³ GERSCOVICH, C. G., op. cit., p. 36.

¹⁴ GARRIGUES, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1947, T I, v. I, p.85.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Raymundo, *Fundamentos de la Quiebra*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina S.A., 1937, p. 23.

Claro que no son estas las únicas actividades que los bancos prestan, ya que tal como como fue adelantado, existen diversos servicios o productos conexos que estos ofrecen, entre los que se destacan la cobranza y pago en general de distinto tipo de obligaciones (de clientes y terceros no clientes). Típico ejemplo de estas últimas operaciones que no son financieras, lo encontramos en cobro de tributos, pago a sus beneficiarios de jubilaciones y pensiones, de tasas por servicios, cobranzas a terceros (universidades, telefonía celular, etc.), entre tantos otros.

3. Todo esto ha dado lugar a un largo debate cuyo tratamiento, si bien excede el objeto de este comentario, por su importancia igualmente debe ser al menos mencionado. Me refiero a las posiciones que se han presentado sobre si la actividad bancaria y financiera debe ser considerada un servicio público y, en caso de merecer una respuesta afirmativa, si dicho servicio se debe calificar de propio (realizado por el Estado) o impropio (prestado por particulares), o si tal actividad es de *interés público* aunque sometida a la regulación, aplicación y fiscalización de la autoridad estatal.

Si bien —como lo referí— no ingresaré en este puntual tema, cabe agregar que para aquellos que afirman que la intermediación financiera es un servicio público, éste debe ser entendido como un servicio de carácter impropio.

Por mi parte, me inclino por la posición que entiende que la actividad financiera no es un servicio público, sino que “es de interés público por su repercusión en la actividad económica de la sociedad”¹⁶, circunstancia que justifica la participación de la autoridad de aplicación estatal, regulando y fiscalizando el sistema financiero. Así, el accionar de los bancos “mediadores en el crédito”¹⁷, hace que el Estado, no pueda permanecer ajeno a esta actividad por tratarse de recursos insustituibles para la actividad económica de cualquier país.

En ese orden, la decisión del legislador de incluir en un código que regula los contratos en el campo del derecho privado a los principales contratos que hacen al quehacer bancario, refuerzan la posición que hemos asumido sobre la naturaleza de la actividad financiera y que ha sido expresada con anterioridad.

Ahora bien, se destacó al comenzar este trabajo la importancia y trascendencia —también social, amplió— que caracteriza a la dicha actividad bancaria. Pues bien, precisamente esto no pasó desapercibido para la Comisión autora del *Anteproyecto de*

¹⁶ BARREIRA DELFINO, Eduardo, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos Bancarios*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, p.55.

¹⁷ GARRIGUES, J., *Contratos Bancarios*, op. cit., p. 32.

*Código Civil y Comercial de la Nación*¹⁸ —cuyo articulado en esta materia no sufrió alteraciones por parte del Poder Ejecutivo al elevar el Proyecto—, ni por el Congreso de la Nación al sancionar el Código.

En los fundamentos que lo acompañaron, al referirse a contratos que motivan estas observaciones, los integrantes de dicho cuerpo hicieron hincapié en la importancia de estos negocios jurídicos para justificar su expreso tratamiento por el Código¹⁹. Y no es para menos, pues día a día se incrementan las relaciones de los bancos, tanto con las empresas, como con las personas físicas representadas especialmente por consumidores de servicios bancarios, que lo son en forma voluntaria (deciden vincularse como clientes de una entidad) o involuntaria (sujetos que solo concurren a abonar tributos, servicios u otras obligaciones).

II. La designación utilizada en el Código para calificar a estos contratos

La denominación de estos contratos bajo el rótulo de “bancarios” demuestra que el legislador ha seguido un criterio *subjetivo* para caracterizarlos, dado que tuvo especialmente presente la necesaria participación o actuación profesional de un banco o de una entidad de aquellas comprendidas por la ley 21.526 para calificar como tales a estos negocios jurídicos. Explícitamente así lo destacó la Comisión redactora del Anteproyecto cuando señaló que “el elemento subjetivo es la presencia de entidades sujetas a la ley de entidades financieras”²⁰.

Partiendo de lo expuesto precedentemente, no quedan dudas que para la legislación argentina solo pueden ser considerados *bancarios* los pactos celebrados con una entidad bancaria o financiera sometida al control y fiscalización del Estado (Ley de Entidades Financieras), con independencia del tipo o clase de operaciones que den lugar a su celebración y que integren su objeto. Por esta razón, se puede concluir que para nuestro régimen legal “la existencia de contratos bancarios sin la participación de un Banco es técnica y jurídicamente imposible”²¹.

Como se puede ver, la orientación que se ha decidido justifica desde un punto de vista metodológico la no inclusión dentro del especial capítulo destinado a estos contratos, de otros cuya naturaleza financiera habitualmente tienen a las entidades

¹⁸ Designada por Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional.

¹⁹ Comisión Dec. 191/11, *Fundamentos del Anteproyecto de CCyCo.*: “...Los contratos bancarios tienen una importancia relevante en todos los campos, y por esta razón se ha decidido desarrollar un Capítulo para tratar de modo sistemático y profundo esta temática...”.

²⁰ Comisión Dec. 191/11, *Fundamentos del Anteproyecto de CCyCo.*

²¹ GARRIGUES, J., op. cit., p.13.

reguladas por la ley 21.526 como directos y principales protagonistas, aunque su participación no resulte obligatoria para dar validez a tales actos. Tal es el caso, entre otros, del *contrato de leasing* (artículos 1.227 al 1.249 del CCyCo. y ley 25.248), el *factoring*, designado en el Código como *contrato de factoraje* (artículos 1.421 al 1.428 del CCyCo) y el *contrato de tarjeta de crédito* (ley 25.065).

Es importante mencionar, que parte de la doctrina ha cuestionado que se califique o designe como “bancarios” a estos contratos, al entender que no es adecuado el enfoque *subjetivo* porque no atiende aquello que sí identifica la *noción objetiva*, es decir, la asistencia crediticia o financiera, que es visualizada como elemento que los caracteriza.

Desde esta perspectiva, se ha dicho que la designación adoptada por el nuevo Código “no es técnicamente apropiada, pues se sustenta en la calidad que reviste una de las partes del negocio (el banco), sin abordarse el contenido intrínseco del mismo”, por lo que debieron ser denominados “contratos financieros, como expresión conceptual más amplia y comprensiva de todos aquellos negocios por medio de los cuales se presta un servicio financiero, a cambio de un precio determinado que está representado por la tasa de interés pactada”²².

Frente a esta postura, se debe reconocer el rol preponderante y definitorio que efectivamente tiene la actividad bancaria en las operaciones típicamente financieras o crediticias, algo que a primera vista, podría justificar la tesis que se acaba de citar, aclaro, en forma sumamente acotada.

Sin embargo, a poco que se analiza el contenido de los distintos servicios y operaciones que ofrecen y realizan habitualmente estas entidades, que no son todos necesariamente de contenido financiero o crediticio, hacen que el *criterio objetivo* expuesto resulte insuficiente para resolver esta cuestión bajo estudio

Pasa que las llamadas operaciones financieras y de crédito, o la prestación de servicios financieros, no agotan —si bien representan la mayor parte—, ni comprenden al universo de prestaciones y operaciones que ofrecen y ejecutan los bancos. De ello se infiere que el aspecto *financiero* (objetivo) no pueda ser tomado como elemento determinante para ser base o fuente de calificación conceptual, más allá —insisto— de su preponderancia frente al volumen total de estos actos.

Como se sabe, tradicionalmente se han clasificado a las operaciones bancarias como “*operaciones activas* (es el Banco el que concede crédito al cliente), *operaciones*

²² BARREIRA DELFINO, E., op. cit. p. 69.

pasivas (es el cliente quien concede crédito al Banco) y *operaciones neutras* (no implican concesión de crédito de por ninguna de las partes)²³. En ese marco conceptual, se desarrollan operatorias tales como “los depósitos en caja de ahorro, cuenta corriente, plazo fijo, etc., y los préstamos y descuentos; comercio de letras y giros; intermediación en la negociación de títulos y acciones; depósitos de valores”²⁴.

Pero como ya fue expuesto (véase cap. I, ptos. 1 y 2), existen otro tipo de servicios u operaciones que precisamente no tienen por objeto la concertación de negocios de índole financiera o crediticia, que son realizados por los bancos con sus clientes y que representan una importante porción de su actividad diaria que, demás está aclarar, les reporta importantes ingresos. Por ejemplo, se encuentran entre este grupo, el contrato de cajas de seguridad (artículo 1413 del CCyCOo.) y el contrato de custodia de títulos (artículo 1418 CCyCo.).

De allí que también resulte útil recordar lo señalado por ZABALA RODRIGUEZ, cuando alertaba que no se deben “confundir las operaciones bancarias con los contratos bancarios, ya que las primeras son utilizadas desde el punto de vista de la técnica bancaria y de la regulación publicista de tal actividad, pero no sirven para la tipificación de la relación del derecho privado en que se traducen los segundos”²⁵.

Otro dato relevante que no debe ser dejado de lado, es que el banco no solo interactúa contractualmente con los que podrían ser calificados ciertamente como *clientes*, sino que también lo hace con otros sujetos que no asumen una posición contractual y que solo son *usuarios* de servicios bancarios. Son fundamentalmente “destinatarios o usuarios no contratantes” (conf. artículo 1° ley 24.240 y artículo 1092 y ss. del CCyCo.)²⁶, aunque no todos puedan ser catalogados de consumidores. Es el caso, por ejemplo, de quienes concurren a efectuar pagos de tributos y servicios, a cobrar jubilaciones y pensiones.

Ante el estado de cosas expuesto, se puede afirmar que es la actuación profesional y necesaria del banco en esta clase de contratos²⁷, su presencia

²³ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., p. 29.

²⁴ ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentados y concordados*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1964, T. I, p. 50.

²⁵ ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentados y concordados*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977, T. V, p. 201.

²⁶ GERSCOVICH, C. G., op. cit., p. 237.

²⁷ CARRIGUES, J., op. cit., pp. 10-13.

“tipificante”²⁸ lo que justifica el acierto de la reforma al adoptar un criterio de base subjetiva para la calificación legal de estos actos.

III. Metodología empleada y tópicos tratados por la reforma

1. En cuanto al tratamiento metodológico, el Código regula a los contratos bancarios en el Libro III (Derechos Personales), Título IV (Contratos en particular), capítulo 12. Este último se encuentra a su vez dividido dos secciones, la primera dedicada a “Disposiciones generales” y la segunda a los “Contratos en particular”.

Respecto a la primera sección, se tocan allí en dos párrafos separados, normas sobre “Transparencia de la condiciones contractuales” (Parágrafo 1°) y “Contratos bancarios con consumidores y usuarios” (Parágrafo 2°).

A su turno, en la segunda sección se tratan los siguientes contratos, a saber: depósito bancario (Parágrafo 1°), cuenta corriente bancaria (Parágrafo 2°), préstamo y descuento (Parágrafo 3°), apertura de crédito (Parágrafo 4°), servicio de cajas de seguridad (Parágrafo 5°) y custodia de títulos (Parágrafo 6°).

Como se puede apreciar, el Código Civil y Comercial solo tipifica a los principales y clásicos contratos bancarios, prestando particular atención a la *cuenta corriente bancaria*, lo que resulta lógico, dado que por su aplicación, utilidad y versatilidad, se puede sostener que representa el principal contrato de esta especie, a través del cual, se canalizan la mayoría de las operaciones bancarias.

Con excepción de este último contrato que ha sido mencionado y el contrato de servicio de cajas de seguridad, el resto fue considerado por la reforma, apenas conceptualmente y sin profundizar en su regulación, la que parece haber dejado en manos tácitamente —al menos en lo reglamentario— del Banco Central como la autoridad de aplicación (leyes 24.144 y 26.739), cuando debió avanzar en algunos temas para no dejarlos librados a la discrecionalidad de funcionarios administrativos.

2. Expuesto formalmente el contenido del capítulo 12 que contiene el nuevo Código, se deben destacar en primer término la redacción de disposiciones expresas sobre la **transparencia de las condiciones contractuales**, las que están destinadas a dar mayor seguridad en las etapas previas, de interpretación y de ejecución de estos negocios.

²⁸ MARTORELL, E. E., op. cit., p. 25.

Resulta importante señalar, que este tema fue objeto de expresa mención en los fundamentos del Anteproyecto por parte de la Comisión redactora, a tal extremo que uno de los ítems del capítulo I de esta exposición de motivos donde se hace referencia a los “aspectos valorativos” es titulado *Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales* (artículos 1378 a 1383 del CCyCo.).

Se dijo en ese punto, que “en tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles [...] Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas. Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable”²⁹.

Con ese objetivo, se establecen normas sobre publicidad e información, que entre otras cosas, obligan a los bancos a aclarar si la operatoria corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial (artículo 1379 CCyCo.). Se impone como requisito la forma escrita para los contratos y el doble ejemplar (artículo 1380 CCyCo.).

La obligación de informar que pesa sobre la entidad financiera, incluye el comunicar al cliente “la tasa de interés y cualquier precio, costo, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente” (artículo 1381 CCyCo.). Se introduce una innovación que cambia el criterio actualmente vigente de acuerdo al texto del artículo 565 del Código de Comercio, porque se determina la aplicación de *la tasa nominal mínima y máxima* para el caso que esta no se pacte en el contrato (tasas para operaciones activas y pasivas promedio, respectivamente, publicadas por el Banco Central a la fecha del desembolso o de la imposición).

En el artículo 1382 del CCyCo. se obliga al banco a emitir periódicamente información, al menos “una vez al año” —dice el texto legal—, término que por su amplitud no parece responder al concepto de periodicidad al que se refiere la norma.

Por último se concede al cliente el derecho a rescindir el contrato por tiempo indeterminado sin que ello pueda acarrearle el pago de penalidades de ningún tipo (artículo 1383 del CCyCo.), lo que se presenta como razonable cuando se trata de acuerdos destinados a perdurar (p.e.: cuenta corriente bancaria, servicios de caja de seguridad)..

²⁹ Comisión Dec. 191/11, *Fundamentos del Anteproyecto de CCyCo.:* Cap. I.

Se aprecia en estas normas la intención de dar una mayor seguridad a estas transacciones, a partir de la instauración de preceptos básicos que rijan las etapas previas y de ejecución de la contratación bancaria, por lo que se debe celebrar la atención prestada a este importante aspecto, que no solo permitirá tutelar de manera más efectiva los derechos de los clientes y usuarios de los servicios que prestan los bancos, sino que además, posibilitará optimizar la actividad y posicionar a las entidades financieras, porque “la transparencia hace a la competitividad del mercado, configurando un valor funcional sistémico de intenso interés por parte del Banco Central, como autoridad de aplicación del régimen legal de las entidades financieras y de la actividad consecuente”³⁰.

3. Sigue el Código luego con normas específicas sobre **consumidores y usuarios**, esta vez relacionadas en forma directa con la actividad financiera, indicando que las disposiciones sobre los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios (artículo 1384 CCyCo.), o sea, no solo los preceptos de los artículos 1093 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, sino también los que contiene la ley 24.240 y su reglamentación.

Y no podía ser de otra forma, porque precisamente un importante volumen de los contratos y servicios que otorgan y prestan los bancos a sus clientes o usuarios (no clientes, según lo hemos expuesto *ut supra*) son típicas relaciones de consumo (artículo 1092 del CCyCo. y artículo 3° de la ley 24.240), pues son acordadas con personas que están comprendidas por concepto legal de consumidor o usuario final que se desprende de los artículo 1° de la ley 24.240.

No se debe perder de vista que el Código estructura las relaciones contractuales básicamente en dos sectores principales, el de los *contratos paritarios*, donde las partes se encuentran relativamente en una situación de cierta igualdad, ámbito en el que rige plenamente el principio de la autonomía de la voluntad (artículos 959, 1021, 1061 2651 *del CCyCo.*) y el de los *contratos de consumo* (artículos 1092 y ss. y artículos 1384 y ss. todos del CCyCo.), en los que impera la protección del consumidor, que se obtiene mediante una clara participación e intervención del Estado, no solo a través de las normas que informan esta materia, sino también, con su intermediación en sede administrativa para intentar superar los conflictos que tienen como origen una relación de consumo.

³⁰ BARREIRA DELFINO, E., op. cit., p. 105.

De allí, que el abordaje de esta materia bajo la estructura metodológica expuesta se presente como razonable.

Se destacan entre las disposiciones específicas que incluye la reforma, aquellas que se refieren a la *publicidad* (artículo 1385 del CCyCo.), la que debe contener “en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas, la tasa de interés y si es fija o variable, las tarifas por gastos y comisiones (supuestos y periodicidad de su aplicación), el costo financiero total en las operaciones de crédito, la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales ser a tales servicios y la duración de la propuesta de contrato.

Sobre la forma, se reitera la necesidad de un contrato escrito y en doble ejemplar, que le permita al consumidor no solo obtener una copia del instrumento, sino también, a conservar la información que le sea entregada por el banco, a acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato y a reproducir la información archivada (artículo 1386 CCyCo.).

Asimismo, el nuevo Código incorpora disposiciones sobre *obligaciones precontractuales* (artículo 1387 CCyCo.), que se interrelacionan con las demás normas que se ocupan de la defensa de los consumidores que han sido citadas anteriormente y con aquellas que se refieren a las *tratativas contractuales* que, con los alcances y limitaciones que le imponen las propias del estatuto especial del consumidor, rigen también en esta área caracterizada por ser un derecho tutelar (artículo 42 de la Constitución de la Nación). Entre estas, se encuentra la de proveer al consumidor información completa y suficiente para aquel pueda confrontar las distintas ofertas que existen en el sistema financiero y la de informar al consumidor en forma inmediata y gratuita si la solicitud de crédito está originada en informes obtenidos en alguna base de datos, que deberá identificar y comunicar al cliente.

En el artículo 1388 del CCyCo., se dispone que ninguna suma de dinero se debe exigir al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato. Tampoco se le pueden cobrar comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente, lo que se impone, pues de lo contrario se estaría admitiendo la posibilidad que exista una obligación sin causa real y jurídicamente válida (artículos 499 del Código Civil y 726 del CCyCo.).

También se van a tener por no escritas las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor bancario que no estén incluidas en el *costo financiero total*, concepto que recordamos es de inclusión obligatoria en el contrato, de conformidad con lo exigido por el artículo 1385 inc. “d” del Código.

Por último, se incorpora en el artículo 1389 un precepto que sanciona con la nulidad a los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.

Si bien, en principio, no parece desacertada la solución, entendemos que afectar todo el acto jurídico no parece ser la mejor solución. Esta nulidad debe ser entendida como *parcial* (artículo 389 del CCyCo.), salvo que ninguno de los puntos que menciona la norma se hubiese incorporado al texto del contrato.

En cuanto al tipo o clase de nulidad, como la sanción es dispuesta en beneficio del consumidor, debe ser catalogada de *relativa* (artículo 388 del CCyCo.).

Para concluir, solo remarcar que se debería haber indicado como resolver la situación en aquellos contratos que se encuentran en curso de ejecución, ya que retrotraer todo al estado anterior a la firma del contrato puede resultar contraproducente hasta para el propio consumidor, lo que sucedería si en el caso de haber recibido un préstamo se aplica a rajatabla el precepto del artículo 390 del CCyCo. Tal vez una salida se pueda encontrar por la vía que hoy brinda el artículo 384 del CCyCo., que permite la conversión del acto nulo, pero eso lo dirá el tiempo y la puesta en marcha de la nueva codificación del derecho privado.

IV. Los contratos en particular. Breve reseña

1. Hasta aquí se han intentado exponer los principales conceptos que incorpora la reforma, motivo por el cual, a continuación se realizará una breve reseña de los contratos regulados, porque su tratamiento puntual y completo, no es posible en el estrecho marco que brinda un simple comentario como el que ahora nos convoca.

2. En primer término aparece una típica y clásica operación pasiva, como es el contrato de **depósito bancario**, que se presenta bajo sus dos modalidades: depósito a la vista y depósito a plazo.

Comienza el Código por decir que “hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la

moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto” (artículo 1390 CCyCo.).

Se desprende de la norma mencionada, que el depósito bancario solo puede ser de *dinero* y que el banco debe devolverlo según su modalidad, en la moneda de la misma especie, lo que implica una directa alusión a los depósitos en moneda extranjera, cuyo régimen legal fue modificado en el Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo que fue finalmente sancionado. Como se sabe, el nuevo régimen, dejó de considerar a dicha moneda como dinero, para darle tratamiento de cosa (obligación de cantidades de cosas, actualmente obligaciones de género). A fin de no incurrir en reiteraciones, me remito a lo que expondré en el capítulo V de este trabajo.

Continuando con este punto, un dato relevante es el vinculado a la propiedad de los fondos depositados, los que pasan al dominio del banco, restando al cliente un derecho personal, es decir, solo un crédito contra la entidad. Esto no es otra cosa que la necesaria consecuencia de entregar en depósito una cosa fungible y consumible como es el dinero, lo que transforma al depósito en irregular.

Esto naturalmente conlleva la imposibilidad de embargar tales sumas de dinero, porque una condición para que el embargo sea viable es que el bien afectado por el gravamen sea de propiedad del deudor, circunstancia que no se verifica en la especie. En el mejor de los casos, se deberán embargar los derechos de los cuentacorrentistas, pero no las sumas concretas, lo que permitirá al banco —por ejemplo— compensar créditos (artículo 1405 del CCyCo.) aun cuando hubiera recibido la orden de embargar. Todo un tema que no dejará de generar controversia a raíz de la nueva redacción comentada.

A su vez, en el artículo 1391 se considera al *depósito a la vista*, que puede estar representado en un documento material o electrónico. Asimismo, la norma permite en caso de pluralidad de depositantes, que cualquiera pueda disponer de las sumas, incluso en caso de muerte de una de ellas, salvo pacto en contrario.

Luego, en el artículo 1392 se trata el *depósito a plazo*, que “otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenidos”.

Se autoriza al banco para “extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión sólo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos”.

3. Como ya fue expresado, uno de los contratos que ha merecido especial atención por parte del legislador a través de una normativa definitivamente mucho más completa que prevista por el Código de Comercio, es el de **cuenta corriente bancaria**, único que había sido receptado en un código de fondo (artículos 791 a 797 del Cód. Com.).

El Código (ley 26.994) define a este contrato como aquél “por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja” (artículo 1393), campo de actuación que es ampliado por el artículo 1394, al permitir que el banco preste “los demás servicios relacionados con la cuenta que resulten de la convención, de las reglamentaciones, o de los usos y prácticas”. De lo expuesto se desprenden los elementos que caracterizan a este contrato. “Ellos son: la provisión de fondos, el servicio de caja y la disponibilidad de fondos”³¹.

Se aclara el contenido de los créditos y débitos que se pueden efectuar, ajustándose a la actualidad de los usos y practicas (p.e.: débitos automáticos, transferencias, etc.), especificándose que los débitos pueden realizarse en descubierto (artículo 1396 CCyCo.), agregándose que la instrumentación de esta operatoria se puede llevar a cabo por medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros que autorice la reglamentación (artículo 1397 CCyCo.).

Sin duda, una de las disposiciones más interesantes es la que contiene el artículo 1397 del Código. Esta norma, al decir que “si el contrato incluye el servicio de cheques, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud los formularios correspondientes”, deja en claro que el *pacto de cheque* es optativo (lo que no es nuevo) y que su existencia o la posibilidad de emitir cheques ya no es determinante para habilitar la expedición de un certificado de saldo deudor para cobrar a los clientes las sumas adeudadas en caso de cierre de la cuenta.

Se afirma esto, porque en el artículo 1406 del CCyCo., expresamente se autoriza la expedición de un título con fuerza ejecutiva como es el certificado de saldo deudor mencionado, para perseguir el cobro de saldos insolutos originados en el cierre de la cuenta, siempre que se hubiera informado ello al cuentacorrentista y que el banco esté autorizado para operar en la República.

³¹ ROUILLON, Adolfo A. N. (dir.), *Código de Comercio, comentado y anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, T.II, p. 254.

O sea que, no solo se ratifica la posibilidad de emitir este título ejecutivo que fuera incorporado al artículo 793 del Código de Comercio por la reforma implementada por el decreto-ley 15354/46 (que en su momento implementó la nacionalización de los depósitos en la Argentina), sino que ahora, aquel puede ser expedido con independencia de que la cuenta reconozca o no la existencia de un pacto de cheque, porque el artículo 1406 del CCyCo. no hace distinción alguna al permitir su emisión por el banco.

Esto, claramente cambia el abordaje del tema, restando trascendencia al debate que se diera tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre las cuentas *operativas* (con servicio de pago de cheques) y *no operativas* (sin servicio de pago de cheques). Vale recordar que en relación a las primeras no se discutía sobre la validez de los certificados de saldo emitidos, mientras en el caso de las cuentas no operativas, no era mayoritariamente aceptada la emisión de los certificados.

Igualmente, se mantiene vigente el artículo 42 de la ley 25.065 que veda la posibilidad de acción ejecutiva a las cuentas corrientes instantáneas, o sea, aquellas abiertas al solo fin de debitar el saldo para emitir el certificado. Sin embargo, más allá de que muchos juzgados requieren a los bancos que presenten a ejecución certificados de saldo deudor que se expidan sobre este punto (art. 42 ley 25.065), la nueva normativa no prevé la incorporación de esta manifestación u otra que haga referencia, por ejemplo: a que el saldo es consecuencia de una liquidación que no incluye débitos o asientos no permitidos por las normas legales y reglamentarias vigentes.

Al margen de esto y, a pesar de las críticas que durante mucho tiempo ha recibido la figura de este certificado de saldo deudor, poco ha cambiado.

Nótese que este certificado reconoce como necesario origen —antes y ahora— la existencia de una cuenta corriente bancaria, por lo que hubiera sido de utilidad que al promoverse la ejecución, el banco tuviera la obligación de acompañar con dicho título—causal e incompleto— la solicitud o contrato de cuenta corriente y el acuerdo o acuerdos de los que surjan las condiciones que tuvieron que ser tenidas en cuenta para liquidar la deuda que es objeto de reclamo. Es obvio que “los bancos nada pierden con el cumplimiento de estos requisitos; al contrario, el procedimiento ofrece mayores garantías de seriedad y certeza, al menos dentro del estrecho marco cognoscitivo de un procedimiento ejecutivo”³².

³² Raponi, O.A., op. cit., p. 136.

Tampoco se exige la necesidad de acreditar el cumplimiento del trámite previo de comunicación del resumen o liquidación del estado de la cuenta para que, tácita o expresamente, quede confirmado o no el saldo, a los fines de habilitar la ejecución. Ello, al margen que el banco acepte o no las impugnaciones, que en todo caso, deberán eventualmente ser debatidas en un juicio ordinario y sin que la falta de conformidad del cliente obste a la expedición del título y su ejecución.

Se mantiene un procedimiento para los resúmenes que reedita en parte lo previsto por los párrafos primero y segundo del art. 793 del Código de Comercio (véase artículo 1403 CCyCo.), aunque reduce los plazos para que se configure la presunción de aceptación por el cuentacorrentista que la actual reglamentación fija (punto 1.5.2.3. de la Circular OPASI 2 del BCRA, que fija 60 días corridos).

Sobre *los intereses* que se devengan del saldo deudor y su capitalización, recuérdese que el actual artículo 795 del Código de Comercio, establece que “en la cuenta corriente bancaria los intereses se capitalizarán por trimestre, salvo estipulación expresa en contrario”.

En relación a esta norma es útil recordar un interesante fallo³³ que, por cierto, no deja de ser controversial, dictado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, donde se dispuso que los intereses derivados del saldo deudor de cuenta corriente deben calcularse a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar, pues una vez “cerrada la cuenta, desaparece el fundamento sobre el cual se asienta la disposición contenida en el mencionado art. 795, por lo que admitir que la capitalización siga generándose con posterioridad a tal cierre, importaría tanto como aceptar que el deudor debe afrontar una obligación que a partir de entonces ha perdido su causa, lo cual es inadmisibles (art. 499 del Código Civil)”.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación, optó en cambio por una solución más gravosa que la que adoptó su antecedente, al permitir que los intereses que generen intereses, se capitalicen mensualmente, “excepto que lo contrario resulte

³³ C.Nac.Com, Sala C, 11/10/2012, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cohen, Rafael y otro s/ Ejecutivo”. “...De ahí que, cerrada la cuenta, desaparece el fundamento sobre el cual se asienta la disposición contenida en el mencionado art. 795, por lo que, admitir que la capitalización siga generándose con posterioridad al cierre, importaría tanto como aceptar que el deudor debe afrontar una obligación que a partir de entonces ha perdido su causa, lo cual es inadmisibles (art. 499 del código civil)...”. Este fallo, reconoce como antecedente el dictado en la misma causa por la Corte Suprema de Justicia el 12 de junio de 2012, donde se dejó sin efecto la sentencia de la Sala B, que había admitido la capitalización de intereses en relación al saldo de la cuenta corriente, pero la había rechazado en relación a un pagaré.

de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten” (artículo 1398 CCyCo.).

Como se puede advertir, la norma trata precisamente de sortear las dudas que generaba el artículo 795 del Código de Comercio y de disipar la discusión sobre la aplicación o no de la capitalización de intereses, especialmente frente a la prohibición del anatocismo para los casos que no se encuentren admitidos expresamente por la ley (conf. artículo 623 del Código Civil y artículo 770 inc. “d” del CCyCo.).

De todas maneras, se imponía un tratamiento más adecuado de este punto, para equilibrar los intereses de las partes y sin que ello signifique beneficiar al incumplidor haciéndole fácil —o más conveniente— mantenerse en estado de mora.

Es que desfavorecer al deudor recalcitrante, no resulta incompatible evitar una excesiva y exagerada onerosidad fruto de la capitalización, que muchas veces transforma en impagables las deudas, lo que no beneficia en absoluto a los bancos, en especial, si el deudor acorralado solicita la formación de su concurso preventivo o que se decrete su quiebra.

Para ir concluyendo con este acápite, destacar que a la hora de tener que cancelar los saldos pendientes de pago, la solidaridad de los titulares de la cuenta frente al banco es la regla (artículo 1399 CCyCo.). A ello se agrega la expresa facultad de compensar saldos al momento de cerrar la cuenta (artículo 1405 CCyCo.).

Y para terminar un dato para nada menor: la propiedad de los fondos existentes en la cuenta corriente abierta conjunta o indistintamente a nombre de más de una persona, pertenece a los titulares por partes iguales, salvo prueba en contrario (artículo 1400 CCyCo.). Claro que esto solo es aplicable al momento en que se deben liquidar fondos a los cuentacorrentistas, porque mientras el dinero se encuentra depositado, como se trata de un depósito irregular, la propiedad del dinero corresponde al banco, dada la naturaleza fungible y consumible de aquel (véase también artículo 1390 del CCyCo.).

4. En los artículos 1408 y 1409 del Código (ley 26.994), son tipificados los contratos de **préstamo bancario** y de **descuento bancario**, respectivamente.

Seguramente hablar del contrato de préstamo, es referirse a uno de los principales contratos que se celebran en el mundo de los servicios financieros. Mediante

esta figura, se moviliza gran parte del crédito, elemento fundamental y movilizador de la economía.

Por primera vez este contrato es receptado en forma expresa —al igual que el descuento— en un código, dado que hasta ahora, se le aplicaban las normas del Código Civil y del Código de Comercio sobre el contrato de mutuo.

Para la nueva norma, el contrato de préstamo es un contrato consensual (no real), porque de conformidad con el texto del artículo 1408, “el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado”.

En lo que toca al *descuento*, este es definido como aquel contrato que “obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado”.

El banco va “a tener derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título” (artículo 1409 CCyCo.).

A excepción de estas dos normas, nada más aporta el Código sobre estos importantísimos contratos que, por su complejidad y caracteres —cuyo análisis excede los límites de estas líneas— debieron recibir un mayor cuidado y tratamiento.

5. Posteriormente en los artículos 1410, 1411 y 1412 del Código Civil y Comercial de la Nación, se legisla sobre otra típica operación bancaria activa³⁴ como es el **contrato de apertura de crédito**, que es conceptualizado en el primero de los preceptos que he mencionado anteriormente, como aquel donde “el banco se obliga, a cambio de una remuneración en la moneda de la misma especie de la obligación principal, conforme con lo pactado, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado”.

Se trata “de un contrato definitivo que genera efectos obligatorios para las partes contratantes desde el mismo momento de su celebración”³⁵, que posibilita al cliente exigir cuando lo estime necesario y en el marco de lo pactado, las sumas

³⁴ GARRIGUES, J., op. cit., p. 30.

³⁵ FERNANDEZ, R. y GOMEZ LEO, O. R., op. cit., T. III-D, p. 493.

comprometidas por el banco, las que devengarán en favor de este, intereses (el Código habla de remuneración).

Como lo describía MESSINEO, “el acreditado adquiere por consiguiente, la disponibilidad de la suma que le ha sido concedida, y puede siempre que quiera, convertir en actual la obligación del acreditante, ordenándole que le suministre aquella suma”³⁶.

Para concluir con este parágrafo, el Código detalla que “la disponibilidad no puede ser invocada por terceros, no es embargable, ni puede ser utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado” (artículo 1412 CCyCo.).

6. Sigue en orden el **contrato de servicio de cajas de seguridad** que es objeto de tratamiento por el Código en los artículos 1413 a 1417, figura que es utilizada en la Argentina desde hace mucho tiempo y cada vez más, lo que ha dado lugar a una importante litigiosidad —como lo reconoce la Comisión redactora—. De esa manera, su utilidad y habitual celebración, incluso los conflictos que su uso provoca, justifican sobradamente su expresa regulación.

Se trata de uno de los contratos típicos de la actividad que desde antaño celebran los bancos y que en nuestra legislación nunca había sido receptado, tal como sucedió con tantos otros actualmente normados por el Código que comentamos. Su naturaleza es la de ser “un contrato de depósito cerrado”³⁷ que “sirve a la doble finalidad de ser medio de conservación y de custodia de cosas, con la ventaja del secreto más absoluto”³⁸.

Comienza su tratamiento en el Código, estableciendo que el banco o prestador “responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario”. La excepción a esta regla es el “caso fortuito externo a su actividad o por vicio propio de las cosas guardadas” (artículo 1413 CCyCo.), pues con excepción de estos dos y taxativos supuestos, el banco no puede eximirse de responsabilidad, a tal punto que se tiene por no escrita la cláusula que lo disponga (artículo 1414 CCyCo.).

³⁶ MESSINEO, Francesco, *Operaciones de bolsa y de banca*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1957, p. 303.

³⁷ FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991, T. III-B, p. 347.

³⁸ GARRIGUES, J., op. cit., p. 443.

Sin perjuicio de ello, puede ser limitada cuantitativamente esa responsabilidad (que es objetiva) hasta un monto máximo, en la medida que no desnaturalice el contrato, todo lo cual debe ser informado previamente al usuario (cliente).

En materia de prueba, se puede acudir a cualquier medio de prueba, lo que por otra parte, se ajusta a las características del objeto del contrato, aunque ello no exime al juzgador de valorar con el rigor necesario las probanzas que sean aportadas al proceso. No es necesario aclarar que la carga de la prueba está a cargo del cliente bancario, quien deberá justificar debidamente los bienes que se encontraban depositados (artículo 1415 CCyCo.) y el valor de estos.

Para el caso que exista pluralidad de usuarios, cualquiera de estos tiene acceso a la caja de seguridad (artículo 1416 CCyCo.).

Se incluyen además, normas sobre cómo proceder en caso que se produzca la extinción del contrato, sea por falta de pago o por cualquier otra causa. Con tal objeto, se reglamenta un procedimiento para la apertura de la caja, para identificar y resguardar los bienes depositados, como así también, para su disposición en caso de existir deuda por el servicio prestado. Esto último se llevará adelante según las normas previstas para la venta de cosas prendadas (artículo 2229 CCyCo.). Los bienes remanentes se deben depositar judicialmente el cliente no los retira (artículo 1417 CCyCo.).

7. El capítulo que se viene comentando concluye con una última figura, también muy antigua y propia de la actividad bancaria: el **contrato de custodia de títulos**.

Algunos han sugerido que su denominación correcta era la de “administración de títulos”³⁹, aunque entendemos que hubiese sido más adecuado llamar a estos contratos como de *custodia y administración de títulos*, designación que resulta más ajustada y comprensiva de las obligaciones que asume el banco.

Para esto, partimos de la propia letra del Código que explícitamente indica que “el banco que asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos” (artículo 1418 CCyCo.).

³⁹ BARREIRA DELFINO, E. A., (2012). Contratos bancarios [en línea]. En *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/contratos-bancarios-barreira-delfino.pdf> (Fecha de consulta 30/05/2015).

A tal extremo la entidad bancaria asume la obligación de administrar derivada de la de custodia, que el artículo 1419 de del citado cuerpo legal estatuye que “la omisión de instrucciones del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos”.

8. Hasta aquí una simple exposición de estos contratos, que por supuesto no son nuevos en absoluto, pero que sí representan una novedad en cuanto a su incorporación en nuestro derecho positivo.

V. Implicancias del nuevo régimen legal de la moneda extranjera

Un tema sobre el que no podemos evitar alguna reflexión, es el relacionado con el tratamiento que la moneda extranjera ha recibido en nuevo Código Civil y Comercial y su impacto en los contratos bancarios.

En este importante punto el Legislador —y previamente el Poder Ejecutivo en el Proyecto que elevó al Congreso— se apartó del texto del Anteproyecto que mantenía el sistema vigente en el Código Civil luego de la reforma de la ley 23.928, donde la moneda extranjera era considerada como *dinero* y, por lo tanto, las obligaciones contraídas donde se pactaba su entrega, eran consideradas *obligaciones de dar sumas de dinero* (artículos 617 y 619 del Código Civil —Vélez—)⁴⁰.

Pero esto ha cambiado a partir de la nueva normativa, sin que exista para ello un solo argumento atendible —en mi opinión— que justifique alterar un sistema legal que, acompañado por una copiosa doctrina y jurisprudencia sobre tan relevante materia, desde que entró en vigencia la llamada —otrora— Ley de Convertibilidad, lo que tuvo lugar el 29 de marzo de 1991 (día siguiente al de la publicación de la ley — conf. artículo 13 ley 23.928). Ello sin olvidar que el uso de la moneda extranjera, forma parte de usos y costumbres arraigados en los negocios todo el tiempo se llevan adelante en la República Argentina.

En resumen, la moneda extranjera ha dejado de ser considerada jurídicamente dinero —aunque económicamente sigue cumpliendo esa función de unidad de medida y valor— para pasar a ser considerada solo una cosa, cosa incierta y fungible que debe

⁴⁰ *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (Comisión Dec. 191/11). Artículo 765. Concepto: La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

ser analizada según las normas de las *obligaciones de dar cantidades de cosas* (según la terminología del código de Vélez —artículos 606 y ss.—).

Vale aquí una aclaración. El nuevo Código no designa de esa forma a esta clase de obligaciones, porque ahora quedan comprendidas dentro de las disposiciones que se ocupan de la *obligaciones de género* (artículos 762 y 763 del CCyCo.), que abarcan a las *obligaciones dar cosas inciertas* no fungibles (artículos 601 -605 del Código Civil) y a las *obligaciones de dar cantidades de cosas* propiamente dichas, a las que me referí.

Seguramente a causa de este importante e innecesario —apunto— cambio, van a reaparecer conflictos de interpretación y aplicación en materia contractual que hace años habían quedado superados. Me refiero a aquellos que se derivarán de la utilización de la moneda extranjera en los contratos que tienen como uno de sus elementos particulares al **precio en dinero**. Creo que este es un tema complejo, máxime cuando el legislador ha decidido expresamente volver al régimen legal anterior, dejando de lado la propuesta que venía de la mano del Anteproyecto, que no hacía otra cosa que dar estabilidad a la economía y a los negocios jurídicos⁴¹.

Es que el precio, entendido como el “valor pecuniario en que se estima algo”⁴², es requisito necesario para determinados contratos, incluso en el código nuevo. Particularmente por ello, entiendo que no tratar jurídicamente como dinero a la moneda extranjera va a provocar inconvenientes a la hora de contratar —como ya había sucedido antes de la sanción de la ley 23.928—⁴³, porque aquellos contratos que tenga como elemento particular el pago por alguna de las partes **de un precio en dinero**, solo van a poder hacer uso de moneda que tenga curso legal en el País.

Ejemplos de este conflicto futuro e inminente (previsible y evitable — agrego— si se hubiera obrado con un poco de sentido común), se va a presentar con los contratos de compraventa (artículo 1123), de suministro (1176), de locación (1227)⁴⁴, de obras y servicios (artículos 1251 y 1255), de leasing (artículo 1277), de transporte (artículo 1280).

⁴¹ Comisión Dec. 191/11, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*: Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA.", Fallos:315:1209), de "un proceso de estabilización de la economía".

⁴² RAE, definición de precio, www.rae.es, fecha de captura 29/04/2015.

⁴³ ALTERINI, A., *Desindexación ...*, pp. 124 y 125.

⁴⁴ La ley 23.091 de locaciones urbanas es derogada por el artículo 3° inc. a) de la ley 26.944.

En particular, en materia bancaria, expresamente el “dinero” es objeto principal de diversos contratos, tales como el de depósito bancario (artículo 1390), de cuenta corriente bancaria (artículo 1393) y de préstamo y descuento bancario (artículos 1408 y 1409)⁴⁵.

Frente a esta nueva realidad, debo reconocer que me cuesta en la actualidad aceptar que la moneda extranjera no sea tratada por lo que es, por lo que indica su esencia: dinero.

Es que el concepto del dinero va más allá de la calidad que curso legal o de curso forzoso (no convertible) que pueda tener determinada moneda como es el caso de la nacional (el Peso), pues moneda y dinero, en el plano de los negocios jurídicos tiene una misma esencia y fin: ser un medio de intercambio, ser unidad de valor, ser medio de pago con efectos extintivos.

Resulta útil recordar que el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998⁴⁶, explícitamente disponía en el artículo 712 que “...a los fines de este Parágrafo dinero y moneda son sinónimos” (El parágrafo al que se refiere es el que contienen el marco legal de las obligaciones de dar dinero).

Tiene la moneda una función económica, por ser “la medida de todos los valores económicos”, además de una función jurídica, porque “la moneda consiste en que la misma es el medio común de cancelación de los créditos”⁴⁷. Estas son características **comunes y hoy indiscutidas de todas las monedas** (nacional o extranjeras, tengan o no curso legal —esto último, conceptualmente un accidente con efectos jurídicos—) que permiten calificarlas económica y jurídicamente (a todas, reitero) como dinero.

Aclaro que todo esto no representa una discusión político-ideológica, sino afirmar aquello que objetivamente se advierte al analizar el ADN de la moneda extranjera —si se me permite esta gráfica extrapolación—.

Lo mismo sucede con el concepto de obligación de dar sumas de dinero, pues estas son entendidas como aquellas “que tienen por objeto la entrega de una cierta cantidad de moneda”⁴⁸.

En síntesis, la falta de lógica en lo establecido por la nueva normativa salta a la vista y nos exime de mayores comentarios.

⁴⁵ Todos los artículos citados corresponden al Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁶ Elaborado por la Comisión designada por Decreto 685/95 e integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Rivera y Horacio Roitman.

⁴⁷ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las Obligaciones, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, T. II, p. 181-2.

⁴⁸ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., op. cit. T. II, p. 180.

En materia de contratos bancarios se han planteado soluciones apelando al texto de los artículos 766 del CCyCo. que dispone la obligación del deudor de “entregar la cantidad correspondiente de la especie designada” y al artículo 1390 del CCyCo. que al referirse al depósito bancario indica que el banco tienen la obligación de restituir el dinero —porque la norma habla de depósito de dinero— “en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”.

Se sostiene que estas disposiciones del nuevo código permitirían sortear los problemas apuntados, porque si se celebra un contrato en moneda extranjera —que naturalmente es y será válido—, el obligado, en nuestro caso el banco, quedaría obligado a restituir la misma especie de moneda convenida⁴⁹.

Honestamente no creo que las cosas se presenten tan simples, porque en primer lugar, estas interpretaciones no tienen en cuenta que tales textos han subsistido solo porque la modificación que se hizo a las obligaciones en moneda extranjera fue, entre otras cosas, desprolija, dado que se cambió la letra de los artículos 765 y 766 (este último con una redacción desacertada, que ni siquiera responde claramente a lo que se quiso implementar con el cambio decidido) y se olvidaron del resto del articulado del Código donde tenía aplicación la moneda extranjera o se hablaba de *dinero*.

Es, entre otros, el caso de los contratos bancarios, en los que se mantuvo la redacción propuesta por el Anteproyecto, a pesar de las modificaciones antes aludidas.

Por otra parte, los argumentos fundados en los referidos artículos 766 y dice que del Código Civil y Comercial, bien intencionados y que tratan de superar los problemas que se vienen apuntando, no resuelven el problema que se deriva de la necesaria referencia al *dinero* que se hace en estos contratos, calidad que ya no tendrá la moneda que no tenga curso legal en la República Argentina.

Además, el artículo 765 del CCyCo. sancionado, expresamente dice que “el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”, por lo que no existe garantía alguna de poder obtener la moneda de la misma especie o de la especie designada en el contrato.

En definitiva, para muchos de los inconvenientes que describí (que son solo algunos), se buscarán soluciones en los precedentes y trabajos doctrinarios, que en su momento —se podría decir— agotaron en gran medida la discusión sobre este tópico y

⁴⁹LORENZETTI, Ricardo L., Conferencia dictada en la Unión Industrial Argentina sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, el 20/05/2015, <https://www.youtube.com/watch?v=D-FymnBHp2I>.

establecieron bases ciertas y seguras. Hasta se podrán sostener que esos potenciales y eventuales conflictos jurídicos no son tales, porque antes de la ley 23.928 se le había encontrado una solución.

Sin embargo, insisto, no lo veo tan sencillo, básicamente porque la ratificación de un sistema perimido y distinto del que contiene el actual Código de Vélez, puede interpretarse como un cambio de paradigmas (que no va a ser acompañado por la sociedad, ni por los mercados) que, sumado a la vigencia que mantienen los artículos 7° y 10° de la ley 23.928 (texto según ley 25.561), puede poner en crisis aquella evolución y sus conclusiones, que habían despejado toda duda sobre la moneda extranjera (el Código Civil y Comercial la sigue denominando moneda) y su regulación como obligación de dar suma de dinero.

Frente a este estado de situación, no queda más que concluir que el régimen legal que establece el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para las obligaciones cuya prestación tiene por objeto dar moneda extranjera, importa un retroceso irrazonable en la materia, pues en lugar de considerarla como obligación de dar suma de dinero —condición que responde a su esencia—, las regula como si fuera una cosa incierta fungible (obligaciones de género) y le aplica normas que no se ajustan a su naturaleza como moneda.

VI. Comentarios para el cierre

La incorporación de estos contratos bancarios debe ser vista como un avance de nuestro sistema legal, porque por primera vez y al margen de las observaciones que se puedan formular —el derecho es una materia esencialmente opinable—, se dicta una regulación básica sobre un sector vital para el desarrollo de la economía de nuestro país y de las personas en particular, estas cada vez más relacionadas con las entidades financieras a causa del fenómeno de la bancarización que se incrementa día a día.

Su positivización en un cuerpo que legisla y unifica, entre tanto temas, a las obligaciones y contratos civiles y comerciales, es útil y demuestra que la contratación bancaria y financiera en general, si bien es indiscutidamente de *interés público* por su contenido, alcances y consecuencias, no deja por ello de ser parte del denominado derecho privado, al que naturalmente pertenece.

Especial referencia merece el esfuerzo puesto en establecer normas sobre transparencias en las condiciones de contratación que, como fue expuesto en este

trabajo, no solo benefician especialmente a los destinatarios de los servicios crediticios y financieros —entre otros—, es decir, a los clientes, sino que además, optimizan y califican a la actividad financiera y bancaria en general.

Tales preceptos y aquellos destinados a tutelar al consumidor y usuarios bancarios, van en línea con la necesidad de generar políticas que tienen a generar un mercado financiero jurídicamente seguro, lo que se logra no solo con transparencia, sino también con equidad.

Falta ahora avanzar hacia una mejora del sistema para que sus beneficios lleguen cada vez a más personas, para lo cual, será necesaria “una reforma financiera que no ignore la ética”⁵⁰.

⁵⁰ Papa Francisco, *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium*, Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina. Oficina del libro, 2013, p. 49.