

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

Dr. HECTOR ANGEL BENELBAZ
Prof. Titular de Derecho Comercial III

1. Actividad bancaria y responsabilidades

Siguiendo a Mario Bonfanti, podemos señalar que la responsabilidad de la entidad financiera puede ponderarse, en líneas generales, desde el punto de vista civil, administrativo o penal. En el campo de los ilícitos al régimen financiero, las entidades financieras son los sujetos más importantes del Derecho Penal Financiero, Derecho Penal Económico o Derecho Penal Administrativo y en especial en cuanto a las tipologías de infracciones del artículo 41 de la ley 21.526 y 24.144 y también a las figuras contempladas en el régimen penal cambiario de la ley 19.359 y sus reformas por las leyes 20.184 (1973), 22.388 (1980) y 24.144 (1992).

Desde el punto de vista civil y administrativo 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. En el pensamiento francés moderno la responsabilidad de la entidad financiera es una responsabilidad profesional y específica y ponen el acento en lo que se considera "culpa profesional", una especie de culpa más incisiva, más puntual y que surge de los mecanismos bancarios. También se tienen en cuenta los usos y costumbres que permitirían determinar las obligaciones de la entidad financiera y apreciar el grado de responsabilidad de la misma. 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 configuradas y que busca, entre otros aspectos, evitar una competencia peligrosa entre los bancos¹.

El derecho bancario es un derecho profesional, es el derecho de las operaciones de banco y está vinculado a los profesionales del comercio de banca y la responsabilidad que genera esta actividad tiene conno-

taciones del derecho privado y del derecho público. En efecto, la actividad bancaria, como actividad de la banca múltiple, tiene relaciones con el Estado y el Banco Central y ellas son de derecho público, tanto administrativo como constitucional, ya que las normas públicas generan una conducta que debe encuadrarse en el cartabón público. El estado de derecho es el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado y del Banco Central, en el ejercicio de sus funciones y relaciones con el resto de la banca comercial, hipotecaria, de inversión, de fomento y de comercio exterior. En las relaciones banco-cliente los fundamentos de la responsabilidad del banquero son de derecho privado, en el concepto actual de la unificación de los contratos y obligaciones civiles y comerciales. En este campo, la responsabilidad contractual y extracontractual se rige por el sistema jurídico del derecho civil unificado.

La actividad bancaria y en especial la de la banca comercial en nuestro sistema financiero (Artículo 21 de la ley 21.526), se realiza por las operaciones denominadas activas, pasivas y de servicios. En todos estos vínculos operativos, subyace como causa fuente de obligaciones el contrato bancario y de allí la responsabilidad contractual por las operaciones activas, pasivas y de servicio; sin perjuicio de la responsabilidad por daño a terceros ajenos al contrato bancario y que determina una responsabilidad extracontractual. Pero en todo este quehacer bancario, la actividad profesional del banquero, se perfila como una actividad profesional privada, aunque de interés público, y por ello la responsabilidad es del tipo subjetivo. No compartimos el criterio de la responsabilidad objetiva de la banca privada u oficial, que parte del presupuesto de la actividad bancaria como servicio público. Este concepto se profundiza jurídicamente, como continente de un contenido económico signado por el capitalismo y por las economías de mercado del mundo presente.

Los fundamentos de la responsabilidad del banco, están determinados por la actual teoría de la responsabilidad por daño, sin consideración a la ilicitud o antijuricidad del acto del sujeto bancario, toda vez que existe responsabilidad por actos lícitos del Estado y que causan daño subjetivo. La trilogía integrada, primero por la culpa de la entidad financiera, segundo por el perjuicio para el damnificado, y tercero por la relación causal entre culpa y perjuicio, constituye el basamento conceptual sobre el que se sustenta la responsabilidad del banco, en el pensamiento de Bonfanti, al estudiar la responsabilidad de la entidad financiera².

La especialidad de la actividad financiera, tiene particular incidencia en el análisis de la responsabilidad patrimonial y privada, como es el caso de las relaciones contractuales y de servicios en comercio exterior y donde los usos y costumbres tienen un valor normativo particular, como es el caso de la aplicación universal de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional y principios informativos de la actual Publicación 500, revisión 1993 y vigente desde 1994 y que constituye un código de derecho internacional privado en materia de crédito documentario y por el cual se rigen las operaciones bancarias vinculadas al comercio internacional de Oriente y Occidente y donde están fijadas las obligaciones, derechos y responsabilidades de los bancos y sujetos intervinientes.

Sobre este particular de la actividad bancaria, tiene dicho Fargosi, que si bien los principios de la ley civil en materia de celebración, interpretación y ejecución de los contratos, constituyen siempre el esquema esencial de la fase normativa y así, de la responsabilidad, existen sectores específicos de la actividad empresarial entre ellos la bancaria, en los que aquellos principios deben ser utilizados e integrados teniendo en cuenta las situaciones específicas vinculadas con el ejercicio de la actividad; en sentido análogo se ha dicho que el contrato bancario no concreta una figura neutra de reglamento negocial, referible esquemáticamente a los principios generales del contrato, o sea impermeable a la presencia del sujeto jurídico banca, toda vez que la disciplina particular tiende a demostrar cómo la presencia de este sujeto excede el ámbito de una simple relevancia económica, por lo que parece irrenunciable para la comprensión del fenómeno del riesgo bancario poner el acento en la funcionalidad del contrato en relación con el ejercicio de la empresa³.

La problemática de la responsabilidad no puede ser escindida de la función propia de las entidades financieras y Fargosi aconseja que en todo caso, debe buscarse un justo y delicado punto de equilibrio, de modo tal que procurando mantener y revitalizar el rol empresarial de los bancos y constreñido a un comportamiento eficiente, también se persiga evitar el deprimir la actividad de modo tal de no inducir a la no concesión de crédito a empresas aún en un mínimo de dificultades. Las discusiones habidas, respecto de la forma de hacer efectiva la responsabilidad de las entidades financieras y la aplicabilidad o no en forma plena de los principios de imputación y responsabilidad de la ley común, se vinculan claramente con la temática de la actividad que desempeñan. No es admisible calificar a la actividad bancaria como un servicio público, sea

en sentido objetivo o propio, o sea un sentido subjetivo o impropio. Autores calificados de derecho administrativo excluyen a la actividad bancaria de la categorización de los servicios públicos. Así, Juan F. Linares comparte el criterio que la actividad es una mera actividad de interés general. También Juan C. Cassagne excluye el que la actividad bancaria pueda ser encuadrable en el régimen de servicio público, al menos cuando es prestada por particulares, agregando que "tratándose de actividades de titularidad privada originaria, el derecho a ejercerlas por parte de los particulares es pleno, lo cual no significa sin embargo que sea absoluto, ya que en principio, todo derecho subjetivo tiene que ejercerse conforme a las leyes que los reglamentan (Artículo 14 Constitución Nacional), teniendo en cuenta, además, que reglamentar un derecho no es degradar o suprimirlo o limitarlo irrazonablemente, sino hacer compatible con el derecho de los demás, y en este caso, con el interés general o público". Esta negación del carácter de servicio público no implica una discusión doctrinaria abstracta sino que conecta claramente con la aprehensión de las características actuales de la actividad financiera. En los últimos tiempos, en el derecho comunitario europeo, la doctrina y la jurisprudencia han considerado a la actividad bancaria como una actividad típica de naturaleza empresarial y por ende de derecho privado y es consecuencia de la orientación dada por la Comunidad Económica Europea de resultados de la Directiva 780/77 que ha posibilitado el libre acceso a la actividad en el ámbito del mercado común, condicionándola sólo a la verificación de ciertos requisitos. El carácter empresarial de la actividad, contrasta con la concepción del servicio público. Se concluye en que la actividad bancaria, en cuanto actividad económica, es actividad privada que se realiza en las relaciones entre sujetos según las formas organizativas de la empresa, a imagen de cualquier otra actividad económica pre ordenada a la producción o al cambio de bienes o a prestar servicios, y que se desenvuelve en un régimen de concurrencia utilizando los normales instrumentos negociables puestos a disposición del derecho privado⁴.

Al estudiar la responsabilidad contractual y extracontractual de la banca en Francia, el prof. Michel Vasseur, sostiene que el banquero, como todo profesional, puede ver comprometida su responsabilidad, por la comisión de faltas dañosas. Esta responsabilidad puede ser tanto civil como penal. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil se aplican las normas del derecho común. La banca es ante todo responsable contractualmente hacia sus clientes, en consecuencia de los contratos concertados con éstos, en caso de inexecución o de mala ejecución de

sus obligaciones. El banquero es muy frecuentemente un mandatario, un comisionista, un prestador de servicios. En el terreno extracontractual y sobre la base del artículo 1382 del Código Civil francés (similar al 2043 del Código Civil italiano y 1109 del Código Civil argentino), el banquero es responsable hacia terceros cuando el ejercicio de su actividad les causa perjuicios. "El banquero opera con dinero; y curiosamente parecería que el dinero debiera ser clasificado entre las cosas peligrosas, y aun podría decirse que explosivas. El banquero se halla, un poco, en la situación del fabricante responsabilizado ante terceros por el daño ocasionado por la cosa que ha producido. Responsabilidad aquiliana del banquero, en todo caso, cuando sin proceder a las verificaciones que le están impuestas, hubiese abierto cuenta y entregado fórmulas de cheque a una persona indigna, quien utilizase éstas para emitir cheques carentes de provisión en perjuicio de terceros. Responsabilidad aquiliana del banquero, sobre todo, cuando otorgase crédito a una empresa ya entonces en estado de cesación de pagos, prolongando de esta manera la existencia de aquélla en detrimento de los terceros, al permitir de esta suerte que la deudora disminuya su activo y aumente su pasivo"⁵.

En nuestro pensamiento el banquero opera con dinero y crédito y estos instrumentos no son cosas peligrosas y menos explosivas, como sostiene Vasseur, y el banco es creador de moneda escritural y no fabricante de explosivos. Esto hace a la teoría del riesgo creado y del uso de cosas peligrosas, con referencia a la responsabilidad objetiva del empresario, en la conceptualización jurídica de nuestro artículo 1113 del Código Civil. Por ello consideramos, que la actividad bancaria es una actividad privada y de interés público y la responsabilidad que surge de esta actividad es de carácter subjetivo y nunca objetivo, por el carácter profesional empresarial de la misma y porque los elementos e instrumentos que maneja no constituyen cosa peligrosa y no generan la creación de un riesgo específico de la cosa o vicio de la misma y realiza la industria financiera.

1.1 Pautas generales sobre responsabilidad civil de las entidades financieras.

En las Primeras Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, del 24 al 26 de agosto de 1983, se consideró como un tema especial el vinculado a la "Responsabilidad civil de las entidades financieras" y las recomendaciones surgidas de la Comisión N° 1, son:

A) Pautas generales sobre responsabilidad civil de las entidades

financieras: 1. "Sin perjuicio de las normas específicas del Código de Comercio y leyes especiales, la responsabilidad de las entidades financieras se rige por los principios generales de la materia contenidos en el Código Civil, supletorio de acuerdo con el artículo i del Código de Comercio, siendo semejante la situación que se presenta en la legislación chilena". Se siguió en esto el criterio dominante en nuestra doctrina y jurisprudencia.

2. "Tratándose de personas jurídicas, se aplican las disposiciones atinentes respecto de su responsabilidad en cuanto a los hechos de sus órganos o sus dependientes: a) La responsabilidad por incumplimiento contractual frente a sus clientes u otras personas con quienes se mantengan relaciones negociables, se rigen por las preceptivas específicas (artículos 506, 511 y concordantes del Código Civil) sin perjuicio de la opción contemplada en el artículo 1107 del mismo cuerpo legal; b) La responsabilidad por hechos ilícitos, que incluye a los daños sufridos por terceros, se rige por los artículos 1067, 1068, 1069 y concordantes del Código Civil, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los componentes de los órganos sociales".

En estas Primeras Jornadas de Derecho Civil, se analizó el problema de la actividad bancaria y su naturaleza jurídica y como en otros congresos de la especialidad bancaria, las opiniones fueron diversas y se llegó a la siguiente recomendación: "3. Sobre la naturaleza jurídica de la actividad de las entidades financieras, se sostiene: a) Que prestan un servicio público de los llamados impropios; b) Que ejercen una actividad privada de interés público; c) Que en el ejercicio de la intermediación en el crédito desempeñan una "función social" que compromete el interés público". Estas fueron pautas generales sobre la responsabilidad civil de las entidades financieras y además se analizaron distintos supuestos específicos de responsabilidad por incumplimiento contractual y extracontractual.

En las recomendaciones por incumplimiento contractual se determinaron supuestos específicos, y se resolvió:

"1. Por emisión de cartas de recomendación destinadas a que una entidad otorgue un crédito en favor del recomendado, cuando el patrocinante sabe de la imposibilidad de cumplimiento de aquél.

2. En el supuesto de quiebra de la entidad financiera, cuando se trate de depósitos no amparados por el régimen de garantía del Estado, si el incumplimiento configura un delito del derecho criminal, puede involucrar la responsabilidad personal ilimitada y solidaria de los directores, administradores y demás órganos del ente por mal desempeño de sus funciones.

3. En el régimen establecido por los arts. 35, 36 y 37 del Decreto Ley 4776/63, la responsabilidad y la causalidad exclusiva están presumidas sobre la base del riesgo profesional para el banco y del beneficio que recibe el cuentacorrentista para él. En la última norma citada se admite la concurrencia del factor subjetivo. En los supuestos de inexistencia de culpa del banco y del librador, que deban resolverse sobre la base del art. 37, la responsabilidad debe ser distribuida "de acuerdo a las circunstancias del caso", teniendo en cuenta el riesgo profesional y el servicio de caja, sin perjuicio de la culpa del portador beneficiario.

4. La responsabilidad de los bancos comerciales por pago indebido de cheques "no a la orden", es de naturaleza extracambiaría y contractual frente al librador.

5. Cuando el rompimiento abusivo, en forma intempestiva, por el banco, de un contrato de crédito, priva al cliente de sus posibilidades financieras, puede generar responsabilidad contractual a su cargo.

Existe responsabilidad extracontractual de la entidad financiera:

1. Por presentación al "clearing" de un cheque, sin verificar la autenticidad de la firma del último endosante, posibilitando así el cobro indebido y el perjuicio al librador.

2. Por suministro de informes inexactos sobre sus propios clientes.

3. Frente al tenedor legitimado por negativa injustificada de pago del cheque.

4. Por aperturas de cuenta corriente en infracción a las normas reglamentarias.

5. Por el otorgamiento abusivo del crédito:

a) Concepto. Por otorgamiento abusivo de crédito se entiende la creación de una apariencia de solvencia inexistente en el deudor.

b) Presupuestos de dicha responsabilidad frente a terceros damnificados. 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 considerado colectivo, en cadena, persistente. 3) Se admite la posibilidad de que sea el síndico del 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 civil que los hace responsable solidariamente.

6. Responsabilidad del Estado. Se sostiene: a) el Banco Central de la República Argentina no es responsable indirecto (conforme art. 1113

C. Civil), en los supuestos de responsabilidad extracontractual de las entidades financieras, excepto cuando se configura un ejercicio abusivo del poder de policía financiera que ejercita sobre ellas, b) Es concurrente con la responsabilidad de las entidades financieras, cuando omite ejercitar su poder de controlar sobre éstas. Es excluyente cuando la entidad ha otorgado el crédito en virtud de una orden determinada del Banco Central de la República Argentina, en cuyo caso sólo es instrumento en la relación. La actividad crediticia realizada por las entidades financieras en la Argentina, ha menester de una labor permanente de moralización⁶.

2. Responsabilidad por operaciones activas: créditos.

El tema de la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos es materia de análisis en la doctrina nacional y extranjera, en especial en la europea y en la americana, donde ha tenido oportunidad de ser profundizado por los pronunciamientos judiciales.

Nosotros sostenemos que la actividad bancaria es un quehacer de naturaleza privada y de interés público. Esta plataforma conceptual es importantísima, ya que se considera como presupuesto para las futuras imputaciones de responsabilidad. Compartimos el criterio de considerar a la actividad bancaria como privada y de interés público, que sostiene el Prof. Horacio Fargossi, en dos magníficos trabajos, titulados: "La actividad financiera privada: ¿servicio público impropio?", publicado en la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1978, y el otro publicado en La Ley del 21.11.80, "La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio". Esta tesis, también fue adoptada por el Segundo Congreso Nacional sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, que se realizó en La Cumbre (Córdoba) en 1981 y que fue la continuación del Primer Congreso que organizamos en Mendoza.

La jurisprudencia nacional se expidió sobre este particular en un caso importante promovido por Inversor S.C.A. c/Banco Continental (Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, publicado en La Ley del 21.11.80), donde expresamente el tribunal, al imputar responsabilidad al Banco Continental S.A., por la acción iniciada por la quiebra de Inversor S.C.A., considera que la actividad bancaria y financiera, en nuestra situación jurídica y conforme a la estructura del sistema financiero vigente, es una actividad de interés público; pero es una actividad privada.

El banco asume su propia responsabilidad por el otorgamiento de créditos y resulta damnificado frente al incumplimiento de sus deudores. La incobrabilidad es el riesgo natural de la actividad empresarial y financiera y este riesgo crediticio puede cubrirse con centrales de datos y riesgos crediticios y también por seguros de crédito.

2.1. Centrales de riesgo.

La modificación estructural del Sistema Financiero Argentino organizado por la Ley de Entidades Financieras 21.526 y su reforma por la ley 24.144, juntamente con la desregulación económica, nos llevan a pensar en la realización de nuevos instrumentos para el perfeccionamiento de la actividad bancaria. La eliminación del secreto bancario para las operaciones activas y excluidas de cláusulas expresas de confidencialidad, legítimas en el ámbito de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad privada (Artículos 1197 y 1198 del Código Civil), posibilita la organización de centrales de información sobre créditos y deudores bancarios. Con el advenimiento de la titulización o securitización, como un nuevo negocio financiero y que introduce fondos frescos para aplicar a las operaciones activas, se hace necesario el mayor control en el otorgamiento de los créditos, para conservar la liquidez, solvencia y responsabilidad patrimonial de las entidades.

Esta idea de limitar el secreto bancario a las operaciones pasivas y excluir las operaciones activas, para facilitar la creación de centrales privadas y oficiales de riesgos de créditos, fue expuesta por Carlos G. Villegas, hace más de una década, cuando decía: "En cuanto a la información entre entidades debe ser irrestricta si se eliminan del secreto las operaciones activas. Ello posibilitará que en materia de créditos las entidades entre si puedan brindarse toda la información disponible, de modo de preservar el buen funcionamiento del sistema bancario en su conjunto. Para ello, la autoridad de superintendencia bancaria debe exigir que esa amplitud informativa se concrete"⁷.

Este mismo autor nacional, al analizar la actual ley 24.144 y vinculado al secreto bancario únicamente para las operaciones pasivas, sostiene: "De modo que quedan excluidas las operaciones activas y de servicio, por lo que será posible exigir a los bancos y demás entidades que informen al público sobre quiénes son sus principales deudores, es decir sus principales prestatarios, a fin de que el inversor sepa a quiénes coloca sus fondos la entidad y pueda evaluar sus riesgos. Tal información resulta imprescindible en un sistema sin garantía de los depósitos, porque el inversor, especialmente el gran inversor, necesita saber qué riesgos está

asumiendo cuando deposita o invierte sus recursos en una determinada entidad financiera. Esta nueva regulación permitirá también constituir "centrales de riesgos y datos" privadas, que posibiliten informar a las entidades, cuando lo soliciten, qué grado de exposición tiene determinado cliente, dentro del sistema en su conjunto"⁸.

Eduardo A. Barreira Delfino, al estudiar la problemática que genera el secreto bancario, única y exclusivamente para las operaciones pasivas, y la libertad de información para los negocios activos y de servicios, señala que la constitución de centrales de datos y de riesgos, constituye una red de seguridad para todo el sistema, por cuanto está en juego el elemento "confianza", el cual constituye el basamento de toda organización financiera sólida. A través de la central de riesgos las entidades, antes de tomar una decisión en materia crediticia, pueden conocer el grado de endeudamiento del futuro cliente con el sistema. El Banco Central de la República Argentina ha creado una central de riesgos, asumiendo su conducción, y para ello ha dictado numerosas circulares, como la Comunicación "A" 1795 y la Comunicación "A" 1061 y complementarias. La comunicación permanente con esta central de riesgos permite operaciones activas de mejor y mayor recuperación⁹.

Aún antes del dictado de la ley de entidades financieras 24.144, el Banco Central de la República Argentina ha venido recepcionando información sobre créditos y cumplimientos de clientes de las entidades financieras integrantes del Sistema Financiero Argentino. Esta idea de un clearing bancario de información sobre créditos, se refleja en las siguientes normas reglamentarias: Comunicación "A" 1060 del 04.08.87, sobre el cumplimiento de datos informativos que deben remitirse mediante soportes magnéticos; Comunicación "A" 1061 del 04.08.87, respecto al sistema informativo sobre distribución por cliente de las garantías otorgadas, distribución del crédito por cliente, endeudamiento de los principales clientes del sector privado no financiero, y composición de los grupos o conjuntos económicos; Comunicación "A" 1078 del 10.09.87, sobre los diseños de los registros de la información a remitir en soportes magnéticos para su procesamiento a través del sistema de principales deudores de entidades financieras; Comunicación 1176 del 28.04.88, sobre el régimen informativo en soportes magnéticos y el uso de "diskettes", Comunicación "A" 1249 del 18.08.88, sobre modificaciones de la Circular RUNOR-1-54, sobre el régimen informativo en soportes magnéticos y sobre el mismo tema las Comunicaciones "A" 1381 del 28.03.89 y "A" 1810 del 11.03.91; Comunicación "A" 1825 del 15.04.91, sobre eliminación de listados provisionales; Comunicación "A" 1944 del

02.04.92, sobre previsión por riesgo de incobrabilidad; Comunicación "A" 2063 del 02.02.93, sobre previsión por riesgo de incobrabilidad y el estado de deudores de ex entidades; Comunicación "A" 2066 del 16.02.93, sobre el régimen informativo en soportes magnéticos y principales deudores de las entidades financieras; Comunicación "A" 2102 del 11.06.93, sobre limitaciones a la emisión y/o renovación de tarjetas de crédito para los deudores morosos de las entidades en liquidación; Comunicación "A" 2141 del 20.09.93, sobre los principales deudores de las entidades financieras; Comunicación "A" 2180 del 04.01.94, sobre clasificación de deudores y provisiones mínimas por riesgo de incobrabilidad; y Comunicación "A" 2183 del 19.01.94, sobre principales deudores de la entidades financieras. A ello debemos agregar las nuevas normas de provisiones mínimas y la clasificación a deudores del sistema financiero, que importa una reclasificación de deudores y provisionamiento mínimo que deberá seguir la banca privada. La Comunicación "A" 2215 del 09.06.94 mantiene el principio de que los bancos deben hacer una calificación estricta de su cartera y nacer altas provisiones a medida que aumente el riesgo de incobrabilidad. Sin embargo se flexibilizan algunos criterios ya que pueden escapar a este tratamiento los préstamos comerciales hasta \$ 100.000 (sin garantías preferidas) y hasta \$ 200.000 (con garantías). Pero a partir de 1996 los límites serán sólo de \$ 50.000 y \$ 100.000 respectivamente. Las entidades que al hacer las provisiones quedaran con insuficiencia de capitales mínimos de hasta 5%, tendrán tiempo para normalizarse hasta agosto de 1995, y las que orejen con insuficiencias mayores hasta diciembre de ese año. Por la Comunicación "A" 2216 del 09.06.94, se produce el texto ordenado de las Comunicaciones anteriores "A" 2180 y siguientes y vinculadas al tema de la calificación de deudas bancarias y que son duras normas para deudores de las entidades financieras integrantes del Sistema Financiero Argentino.

De este cúmulo de normas del Ente Rector, cabe señalar, que a los efectos de las informaciones vinculadas a la central de datos y riesgo crediticio de incobrabilidad de los principales deudores de las entidades financieras y la clasificación de deudores y provisiones mínimas, las más importantes son la Comunicación "A" 2141 del 20.09.93, que determina las instrucciones generales sobre clientes del sector no financiero y cuyas deudas a la fecha de abril de 1994 sean superiores a \$ 346.000 y que ordena una minuciosa información sobre clientes y créditos en general como así también lo vinculado a garantías, contragarantías y locaciones financieras en moneda nacional y extranjera y también la Comunicación

"A" 2180 del 04.01.94 que formula la clasificación de deudores y provisiones mínimas por riesgo de incobrabilidad.

No obstante este esfuerzo del Banco Central de la República Argentina para establecer una central de riesgo, resulta, en la práctica deficiente, por cuanto refleja situaciones patrimoniales de los clientes de las entidades financieras que se suministra con una antigüedad de más de cuatro meses a la época del listado que se hace llegar a las entidades. Por otra parte, los bancos informan sobre 50 a 200 deudores, según el tamaño de la entidad financiera y por deudas superiores a \$ 346.000 al mes de abril de 1994. Pero queda una enorme porción de clientes y créditos que no aparecen en los listados que suministra el Banco Central de la República Argentina. El servicio perfecto estaría dado por la información que la entidad necesita sobre la situación crediticia y patrimonial de un futuro cliente y con cierta inmediatez, a los efectos de la decisión respecto del crédito peticionado por el futuro prestatario regular o irregular.

En una reciente publicación periodística especializada¹⁰ se da cuenta de la formación de poderosos grupos de control financiero, que puede convertirse en un poderoso monopolio de la información financiera de empresas y personas del país. "La Organización Veraz, que vendía información sobre los cierres de cuentas, concursos, quiebras y direcciones de empresas y personas, se asoció con Banelco y la Central de Riesgos norteamericana Equifax, cada una un tercio. Ahora ya no dan sólo información de lado negativo de la entidad, también información sobre sus retrasos en los pagos y nivel de endeudamiento en cuentas corrientes, créditos personales, tarjetas de crédito. La idea del monopolio, que detenta más del 90% de la facturación en este tipo de informes", está ligada a la prioridad del servicio en el mercado crediticio y financiero argentino. La Organización Veraz, es la primera que va a salir al mercado a dar la información positiva, es decir, nivel de endeudamiento sin retrasos y se dice que es "para evitar el efecto Sasetru, todo el mundo le prestaba al monstruo porque todos le prestaban y no había sido rechazado ningún cheque. Pero tenía un nivel de endeudamiento tan alto que varios se hubieran salvado si hubieran conocido sus deudas con otros bancos. Pero esto no sirve sólo para bancos; las industrias preguntan sobre sus proveedores porque necesitan tenerlos confiables, los comercios sobre sus clientes o cuando se compra algún bien importante a un desconocido". Según la información que reseñamos, Banelco, cuyos siete bancos dueños y 60 asociados forman casi 40% del total de depósitos en cuenta corriente en el país y juntamente la

central de riesgo norteamericana Equifax y Veraz, pueden dar la idea de un monopolio en esta materia. Ante esta perspectiva, se está organizando otra empresa denominada Fidelitas, que aspira a participar en el negocio de la información y control financiero. Estas centrales de información se autodenominan Credit Bureau y tienden a ocupar un puesto importante en el mercado crediticio argentino. En el XIX Congreso de Abogados de la Asociación de Bancos de Provincia de la República Argentina (ABAPRA), realizado el 2 y 3 de junio de 1994 en la ciudad de Córdoba, propusimos una ponencia, por la cual se sugería la formación de una central nacional de datos y de riesgos crediticios, como una entidad privada y para suministrar el servicio de la información de operaciones activas, de servicios bancarios en general, del grado de endeudamiento y cumplimiento de todos los créditos otorgados en el sistema de los bancos integrados en ABAPRA, incluyendo cuentas corrientes, tarjetas de créditos, créditos personales, comerciales, industriales y de comercio exterior, como así también vinculado a la responsabilidad patrimonial de los clientes que operan como prestatarios de operaciones activas y de servicios. Nosotros consideramos que el saneamiento del crédito y su cobrabilidad es la base para la securitización que debe realizarse en la banca nacional.

2.2. Seguro de Crédito.

Respecto al seguro de crédito, como otro mecanismo de cobertura de riesgos crediticios, podemos decir que en 1839 Sanguinetti publicó un obra titulada "Ensayo de una nueva teoría para aplicar el sistema de seguro a las pérdidas por quiebra", que se considera el primer trabajo teórico sobre este tema, ya que fue el primero que pensó que era posible adoptar, para garantizar los créditos, el doble principio fundamental del seguro, a saber, la mutualidad de los riesgos y la investigación estadística destinada a establecer las tasas de primas. La idea de Sanguinetti tuvo eco en Francia y allí surgen una serie de compañías cuya característica común fue la de constituirse en torno a la idea eje de que el seguro de crédito debe estar al servicio de la banca. En épocas más recientes los autores se ha puesto de acuerdo en tres nociones: 1. Se trata de un contrato principal, al contrario que la caución. 2. Se trata de un seguro de cosas. 3. El seguro de crédito tiene carácter indemnizatorio.

En las relaciones bancarias y crediticias y sus relaciones con los aseguradores de créditos, Charles Weil, con una fórmula lapidaria lo ha puesto de relieve: "El cuidado de un banco es evitar los riesgos, el objeto de una compañía de seguros es asumirlos". Jean Bastin, sostiene como

principios básicos del seguro de crédito los siguientes: 1. que garantiza solamente los riesgos de incobrabilidad por insolvencia. 2. Que la indemnización, en caso de siniestro, se produzca solamente al ocurrir la insolvencia del deudor y sobre la parte neta de la pérdida definitiva derivada de aquella. El precio de la prima es función de la indemnización neta definitiva. 3. No es para crear crédito, sino para consolidar el crédito existente. El asegurador no debe cubrir la falta de acción del asegurado contra el deudor. Bastin define al seguro de crédito como un sistema de seguro que permite a un acreedor, previo pago de una prima, cubrirse contra el impago de los créditos debidos por personas previamente identificadas y en estado de falta de pago. El riesgo asegurable no es la mora, sino la incobrabilidad definitiva del capital adeudado y sobre la base de la idea de insolvencia del deudor. El siniestro se produce cuando el patrimonio del deudor es insuficiente para la cancelación total de la deuda. El extraordinario desarrollo del seguro de crédito, se debe a las ventajas vinculadas a la indemnización de las pérdidas, a la selección de riesgos, a la gestión del contencioso y a la mejora de las relaciones entre la banca y los clientes y tiene muchísimos negocios a cumplir en nuestro país¹¹.

En nuestro país los seguros de crédito a la exportación están contemplados en la ley 20.299 y decreto 3145/73 y para cubrir riesgos extraordinarios de naturaleza política. Consideramos que riesgos políticos vinculados a los créditos que se dan en el comercio internacional, pueden ser las limitaciones o bloqueo de divisas decretadas por un Estado extranjero, una moratoria de pagos general, dificultades de transferencia de créditos como también el deterioro de la moneda por el control de cambios que cada país puede realizar en uso de atribuciones propias. Además de los riesgos políticos existen los riesgos extraordinarios provenientes de guerras, revoluciones, huelgas generales, terremotos, ciclones, inundaciones, etc. Sobre este particular cabe reseñar que reaseguradoras internacionales han tenido que pagar fuertes indemnizaciones por estas catástrofes extraordinarias ocurridas en diversos países del mundo¹².

2.3. Otorgamiento abusivo de créditos

La nueva inquietud de la responsabilidad de los bancos, está dada por el otorgamiento abusivo o indebido de créditos y en virtud de esa mecánica mantienen vivas empresas que están en cesación de pagos y esa permanencia, en el mercado, de organizaciones mercantiles, genera confiabilidad de los terceros para otorgarles créditos. La generación de

confianza provocada por los bancos y que causa daños a terceros, es la causa de la responsabilidad extracontractual y subjetiva de entidades financieras, que actuando en el ámbito de la juridicidad asumen la responsabilidad patrimonial por daños, conforme al moderno derecho de daños.

El problema no es solamente respecto de aquellas empresas prestatarias de servicios públicos, que a veces son mantenidas por entidades financieras con créditos sindicados; sino también, respecto de simples empresas de la actividad privada y que realizan gestiones comerciales conforme a un múltiple objeto social. Atítulo ilustrativo, resulta novedoso mencionar el caso de la jurisprudencia francesa que planteó el síndico de la quiebra de la sociedad de combustibles y carburantes de Francia contra el Banco de Descuento S.A., responsabilizándolo por el otorgamiento de créditos durante más de dos años, a esta empresa que estaba en verdadera cesación de pagos. Los tribunales franceses responsabilizaron al banco por todo el pasivo concursal de la quiebra de la Sociedad de Combustibles y Carburantes de Francia, sobre la base y argumento del artículo 99 de la ley de quiebra, francesa por cuanto la conducta del banco demandado, otorgando créditos indebidos, había provocado una generación de confianza artificial y había mantenido viva esta empresa y permitido la confiabilidad pública en el otorgamiento de créditos. Los franceses fundaron la responsabilidad de la banca por el otorgamiento abusivo o indebido de créditos a empresa en cesación de pagos y el mantenimiento de un estado vivo a entes que virtualmente tendrían que haber desaparecido del mercado, por quiebra. La responsabilidad imputada por el tribunal lo fue sobre la base de los principios y normas de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, que son similares a nuestro artículo 1109, según la nota del codificador Vélez Sarsfield, y también sobre la base del artículo 1384 del Código Civil francés, similar a nuestro artículo 1113 del Código Civil, y al cual hace expresa referencia la nota de Vélez, como antecedente inmediato de nuestro sistema civil.

La cuestión planteada se pone de manifiesto cuando el mantenimiento ficticio de empresas que luego caen en quiebra, podrían provocar perjuicios a los terceros acreedores de la empresa en falencia, por la imagen de entidad viviente y con crédito, cuando ya estaba en quiebra virtual. La acción resarcitoria de los acreedores por el daño sufrido se ha hecho presente en la jurisprudencia y la doctrina que por la identidad de legislación de Francia y Bélgica se ha extendido a este país. Los belgas han considerado que en la medida de la actividad crediticia abusiva, y

con ello el alargamiento ficticio de un estado de cesación de pagos o quiebra de hecho, la generación de responsabilidad extra-contractual podría meritarse de la misma forma que la responsabilidad por los hechos ilícitos¹³.

Ha dicho Fargossi: "En Francia, por su parte, se ha recurrido a la noción de servicio público aún para establecer la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento abusivo de crédito, empero, señalándose que tal concepto no era empleado en el sentido técnico absoluto" (V. Rene Rodiere-Jean-Louis Rives-Lange, "Droit bancaire", París, 1975, p.444; c. Gavalda y J. Stoufflet, "Droit de la banque", p. 58, en su ponencia presentada al 2- Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, La Cumbre, 1981, titulada "La actividad financiera privada no es servicio público").

La responsabilidad civil del banquero en la doctrina francesa, se fundamenta en el artículo 1382 del Código Civil y sobre el concepto de la culpa del banco nacen los deberes de información correcta y del análisis de la situación financiera del crédito, como así también del deber de supervisar el empleo de los fondos prestados, como un derecho y una obligación de control, para evitar los perjuicios que puede causar la actividad y se requiere la existencia de la relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio. También en la doctrina francesa la responsabilidad del banquero puede estar fundada en el artículo 99 de la ley del 13.07.67, sobre la liquidación de bienes de personas jurídicas en dificultades financieras¹⁴.

Sobre este particular de la responsabilidad del banquero dador de crédito, en la doctrina europea, americana y nacional, resulta muy ilustrativo el enfoque de Mario Bonfanti, respecto a la antinomia banco-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 contratante, quizá renovándole el crédito ya otorgado o, bien, aún aumentándolo para contribuir a su salvataje de situaciones dificultosas¹⁵.

También la doctrina y la jurisprudencia italianas han profundizado el tema de la responsabilidad de los bancos. Los italianos han enfocado el problema teniendo presente que en Italia los bancos son siempre los mayores acreedores de las empresas en falencia y sobre la base del aspecto publicístico del crédito. Algunos autores han sostenido que la

empresa bancaria podría responder conforme a la teoría del riesgo creado; es decir, la responsabilidad objetiva, la responsabilidad sin culpa, fundada también en que la empresa bancaria asume un riesgo profesional o el típico riesgo de empresa. Pero, recientemente, se ha hecho un estudio más específico sobre este tema de responsabilidad, determinando que la responsabilidad sobre la base del riesgo, normalmente hay que centrarla cuando la actividad que se crea por la empresa prestataria resulta peligrosa. Así se ha determinado un riesgo de empresa en aquellas actividades del mundo de los negocios, que actúan con elementos peligrosos. Tal como, por ejemplo, la responsabilidad profesional de las empresas que manejan la energía nuclear, en cuanto la producen y la distribuyen a sus distintos fines de utilización. Sobre este particular debemos recordar las muertes producidas por desprendimientos tóxicos de una empresa norteamericana en la India, que motivó un importante pleito en Nueva York, con citación al fabricante, aseguradores, reaseguradores y el propio Estado americano y también las consecuencias que producen en los seres humanos las radiaciones nucleares en los desprendimientos de usinas atómicas en Europa.

En esta inteligencia, la actividad bancaria no es una cosa, y mucho menos una cosa peligrosa, como para determinar un riesgo sin culpa y un riesgo de empresa o un riesgo profesional a la manera del riesgo sin culpa de los accidentes de trabajo, como responsabilidad objetiva creada en el derecho laboral. La actividad bancaria es un quehacer jurídico y metafísico, incrustado en un complejo socioeconómico y que trasciende en la economía global de los pueblos y naciones.

El artículo 1845 del Código Civil italiano de 1942, vigente en materia de relaciones contractuales bancarias y en especial al regular la apertura de créditos simples, sostiene la posibilidad de rescisión unilateral del contrato de crédito por justa causa, estableciéndose como justa causa resolutoria a la mutación del patrimonio del deudor, por divorcio, división de bienes, disminución de garantías ofrecidas y por el desvío del destino o uso del crédito otorgado, este control del destino del crédito puede generar la rescisión del contrato y para asegurar su prueba el banco puede intervenir en la gestión empresarial. Su responsabilidad o culpa está dada en la omisión de este control del destino del crédito y tal negligencia puede ocasionar perjuicios a terceros acreedores comerciales y laborales que confían en el control de la política crediticia de la entidad financiera, sobre todo cuando se trata de banca especializada en la exportación, importación, fomento y desarrollo de nuevas actividades agrícolas o industriales.

2.4. Responsabilidades concursales.

Frente a esta problemática y el cambio de una política económica nacional que pasa de un sistema de intervencionismo del estado a una economía liberal de mercado con una fuerte impronta capitalista y de inversiones extranjeras, a través de aportes provenientes de obligaciones negociables, nuevas emisiones de acciones, debentures, titulización o securitización de la economía bancaria, y el auge de los nuevos negocios financieros como el Leasing, Factoring, Underwriting, Fideicomiso Bancario y la participación de la banca nacional y extranjera en las A.F.J.P., resulta importante destacar la futura responsabilidad y participación de los bancos en las falencias comerciales y frente a las dificultades de las empresas prestatarias y de las que integran los grupos económicos donde actúan los acreedores bancarios, que siempre son los mayores, en cantidad y monto de créditos y prestaciones. Por ello, resulta interesante la organización de una nueva estructura jurídica de la quiebra y a este fin tiende el proyecto de la nueva ley de concursos, promovida por el Poder Ejecutivo Nacional. El proyecto de la nueva ley de concursos que el Poder Ejecutivo ha enviado al Congreso de la Nación, el 12.05.94, introduce la designación de un Comité de Acreedores, desde el momento mismo de ordenarse la apertura del concurso, ya que según el artículo 14, inciso 11, en la resolución de apertura el juez debe disponer la constitución de un comité provisorio de acreedores, integrado por los tres acreedores quirografarios de mayor monto, denunciados por el deudor, y después de encararse el tratamiento de la propuesta de acuerdo, en el llamado periodo de exclusividad, el artículo 42 ordena al juez la constitución del comité definitivo de acreedores, debiendo integrar el mismo necesariamente el acreedor de mayor monto dentro de la categoría y este comité de acreedores actuará como controlador de la etapa liquidatoria, según el artículo 201, y su concordante artículo 260 del proyecto. Este nuevo instituto tiende a buscar la incorporación del fenómeno de la realidad económica, toda vez que está demostrado en la realidad económica nacional e internacional, que son los bancos, ya sea de la banca comercial, de inversión, hipotecaria, de fomento, de exportación e importación, de promoción industrial y minera, como así también los bancos multinacionales, los mayores acreedores de las grandes empresas en dificultades y cuyas falencias tienen trascendencia socioeconómica regional y hasta internacional. Esto tiende a determinar un nuevo enfoque en el tratamiento de nuestro tema de la responsabilidad de los dadores de crédito, por la trascendencia polifacética y el nuevo abanico económico que abre la actividad empresaria con el apoyo del crédito bancario. Ya no se trata de la simple defensa del crédito, de la

empresa y de la fuente de trabajo, sino de los perjuicios que se pueden causar a la comunidad por los descontroles en el otorgamiento y destino de los créditos, que tienen su alimentación financiera en el ahorro público global de la economía de mercado.

Están vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, los fundamentos de la jurisprudencia nacional en el caso "Inversor S.C. A. (Quiebra) c/Banco Continental S.A." de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A. del 15.04.80,¹⁶ que determinó la responsabilidad del banco por el no otorgamiento de crédito, por cuanto Inversor S.C.A. tenía un contrato de crédito con el Banco Continental S.A. y al romper el banco intempestivamente el contrato, privó de fuentes y posibilidades financieras para seguir operando a la prestataria, que determinó su quiebra. El contrato crediticio determinó la responsabilidad contractual del banco por la resolución intempestiva del acuerdo financiero. Estos conceptos deben vincularse con los perjuicios que ocasiona el mantenimiento y abuso del crédito por parte del banco, y en especial en los casos de renovaciones y refinanciamientos de imposible cumplimiento, con alargamiento inusual de términos y acogimientos a planes preferenciales de pagos diferidos por deudas consolidadas y frente a una realidad económica estructural bien definida dentro de un sistema económico de mercado. Las integraciones de economías nacionales y regionales, en nuestro caso Mercosur y Nafta, no pueden prescindir de las operaciones activas y pasivas de los bancos, y sus servicios resultan necesarios para la realización de estos objetivos globales. Pero también es cierto, que la quiebra de las empresas que actúan en las integraciones económicas, tienen a los bancos como sus mayores acreedores y que la solidez, liquidez, solvencia y responsabilidad patrimonial de las entidades financieras, tienen una relación directa con el bienestar general y hacen al interés público del crédito otorgado y a la mayor responsabilidad por este tipo de operaciones activas, en la actualidad y para un futuro mejor.

Si bien es cierto que la actividad bancaria es una actividad profesional, de naturaleza privatística, no es menos cierto que el banco constituye un sujeto de derecho privado, y como tal le son aplicables las normas de nuestro actual ordenamiento jurídico: art. 512, respecto de la culpa en el Código Civil, como omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación; los arts. 520 y sus concordantes 902, 903, 904, 905 y 906, respecto de la responsabilidad por las consecuencias inmediatas y mediatas de los hechos; y los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Dice el prof. Fargosi que se debe tener mucha prudencia y cuidado en la aplicación de las responsabilidades subjetivas para evitar una

generalización de responsabilidad por el otorgamiento abusivo del crédito, dado de aquí no hay una tutela general propia de algunas doctrinas socializantes que establecen responsabilidades por cualquier acto.

El prof. Edgardo Alberti, cuando estudia este tema, dice que es importante determinar la responsabilidad de los bancos por su conducta, como sujetos de derecho societario, en dos aspectos: a) responsabilidad por dar crédito, en cuyo caso habría que analizar el tema del otorgamiento abusivo; y b) responsabilidad por no dar crédito, caso de rupturas intempestivas de aperturas de crédito, en el tipo revolving credit. En un reciente caso,¹⁷ se determinó la responsabilidad de los bancos en el caso de un contrato de crédito documentario para cuando el banco notificador y refrendador elude su responsabilidad y genera una serie de daños y perjuicios. Se dijo que "cuando el banco es el otorgante del crédito y requiere los servicios de un corresponsal, para su propia conveniencia y en función de su interés, resulta inválida la cláusula de irresponsabilidad, la falta de corresponsal no puede perjudicar al cliente y se lo considera como una falta del banquero mismo".

En cuanto al tema de la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos, los titulares de la acción resarcitoria serían los terceros, nuevos acreedores de la prestataria, que inducidos por error por la gestión del banco, otorgaron nuevos créditos. A este efecto, debemos centrar la cuestión indemnizatoria dentro del sistema legal de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento positivo. En esta eventualidad, los terceros ajenos a la relación banco-cliente tendrán que probar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y sus consecuencias inmediatas o mediatas. El maestro Alterini sostiene que la teoría de la culpa está en todo el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, como la que corresponde en este caso, y por ello no habría tal responsabilidad, que el hecho dañoso sería una consecuencia remota para el tercero. Sostiene Alterini que resulta imposible, conforme a nuestro art. 1113 del Código Civil, vigente con la reforma de 1968, considerar que en esta materia pueda inmiscuirse la responsabilidad objetiva, la responsabilidad sin culpa o con la inversión de la prueba de la culpa, y menos hablar de la responsabilidad de los bancos por la teoría del riesgo creado, ya que para adoptar esta tesis debe haber un daño producido con la cosa o por el uso de la cosa, y la actividad bancaria no es cosa. Ello no obstante que ahora muchos creen que los ruidos son cosas, que las impertinencias son cosas, que el polvo es cosa, etc.; pero nuestro orden jurídico debe respetarse por el imperio de la ley material y nuestro orden jurídico está estructurado sobre la base de la respon-

sabilidad de las consecuencias inmediatas y mediatas de los hechos; pero no sobre la imputación de las consecuencias remotas y que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad (art. 906 del C. Civil). En la actividad bancaria por las operaciones activas o de otorgamiento de crédito, la consecuencia inmediata del crédito mal otorgado es su incobrabilidad. La consecuencia mediata o previsible puede ser la pérdida de garantías, como en el caso de los arts. 122 y 123 de la ley 19.551, de Concursos, por la consideración o calificación judicial de ineficacia de prendas, hipotecas, dación en pago o actos gratuitos de avales y fianzas personales otorgadas en el período de sospecha. Para Alterini, las otras consecuencias por el mal otorgamiento del crédito constituyen consecuencias remotas por las cuales no se responde en nuestro derecho patrimonial.

Otro tema que motiva nuestra inquietud, vinculado a la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos, está dado por la operatoria de créditos sindicados, como los que existen en el mercado de las euromonedas para los préstamos internacionales a Estados o grandes organizaciones financieras multinacionales. En este caso, un banco agente promueve la operación crediticia para un prestatario, donde participan varios bancos que giran alrededor del banco agente e integran el monto prestable. Varios bancos prestamistas actúan por intermedio de un sindicato financiero y un representante, que significa el banco agente; pero todos los bancos prestamistas tienen su individualidad y la obligación de conocer al deudor y sus posibilidades financieras respecto del crédito que se otorga. Los prestamistas bancarios sufren singularmente las consecuencias de un crédito mal otorgado, cual es la incobrabilidad como riesgo natural de la falta de pago, y por ello nunca cabría una imputación de responsabilidad de la incobrabilidad a cargo del banco agente. En el caso de los préstamos internacionales, el enfoque jurídico del contrato de crédito, tiene también connotaciones de política económica y de derecho internacional público, sobre todo si los prestamistas son organizaciones financieras internacionales con inmunidad diplomática, como es el caso del B.I.D., el Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), la Corporación financiera Internacional y el Fondo Monetario Internacional. En cuanto a los créditos otorgados por los bancos internacionales a la Nación Argentina y Banco Central de la República Argentina y que constituyen la deuda externa argentina, podemos decir que el otorgamiento abusivo del crédito, no es causa de nulidad de los contratos, sino de responsabilidad civil y política de los funcionarios que actuaron por la prestataria y que comprometieron el bienestar general de varias generaciones de argentinos¹⁸.

Una correcta operación bancaria activa debe contemplar dos aspectos básicos: el riesgo y la confianza que merece el prestatario. El riesgo está en relación a la persona, el país y la actividad, y las medidas de defensa del riesgo o la prevención del peligro de insolvencia o cesación de pagos se da por las garantías que deben ser tomadas y también por la observancia de las reglamentaciones del ente rector de la política crediticia y las internas de cada banco, así como también por la diversificación de carteras y una adecuada información de los clientes y su actividad, vinculado con el uso de la tecnología e informática de las centrales nacionales o internacionales de riesgo, estos elementos y su observancia contribuyen a un buen otorgamiento de créditos y un correcto uso del capital prestable de las entidades financieras. En esta inteligencia, las consecuencias remotas por el otorgamiento de créditos, no puede generar responsabilidad por culpa en la doctrina de los arts. 512, 520, 902, 903, 904, 905, 906, 1109 y 1113 del Código Civil argentino. Las consecuencias remotas de un crédito bien otorgado no pueden ser imputadas al banco prestamista. En cuanto al abuso del crédito y en la medida de actividades culposas o ilícitas en el otorgamiento de créditos, la responsabilidad se limita a las consecuencias inmediatas y mediatas.

El tema de la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos adquiere relevancia en la faz concursal, y en especial con referencia a la figura de la complicidad concursal. Según el art. 240 de la ley 19.551 es cómplice del fallido: 2) quien admita figurar como acreedor en deudas ficticias o sin causa o alterando las cantidades, fechas o preferencias de las deudas verdaderas; y 4) el acreedor que pacte con el fallido en perjuicio de los demás; todo ello sin perjuicio de concurrir a la realización de actos de disminución del activo en los términos del art. 235, conociendo o debiendo conocer su finalidad. Sobre este especial capítulo, el art. 235, incs. 3, 4, 12 y 15, son elocuentes figuras del abuso del crédito, tanto para quien lo da como para quien lo recibe. 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 art. 246, incs. 1, 3 y 4, de la ley 19.551.

El cómplice del fallido debe ser condenado a perder cualquier derecho que tenga en el concurso, es decir, los derechos creditorios del banco responsable por el indebido otorgamiento de tales créditos. Pero resulta más importante a los fines de nuestro tema central la condena del art. 246, incs. 3 y 4, de la ley 19.551, al establecer que el cómplice debe ser condenado a pagar al concurso los daños y perjuicios y también

una suma igual a la que se le intentó sustraer. La determinación de estas responsabilidades se tramita por incidente y no excluye cualquier otra sanción civil o penal que corresponda. Esta norma se complementa con el art. 247 de la Ley de Concursos, al decir que lo dispuesto no deroga penas, inhabilidades, incapacidades o incompatibilidades que estén contenidas en otras leyes. Sobre este particular, podemos decir que la aplicación de las condenas por la vía de la complicidad concursal no excluye la aplicación de las facultades del poder de policía financiero a cargo del Banco Central de la República Argentina, conforme a la ley 21.526 y su modificatoria 24.144.

El trámite para la declaración de complicidad y la aplicación de las sanciones reguladas en la ley 19.551 se tramita por la vía incidental de los arts. 303 a 309, y puede ser promovido de oficio por los acreedores y por la sindicatura (art. 248, incs. 1 y 2, ley 19.551).

En el campo de la complicidad concursal existe la posibilidad de la imputación de responsabilidad por el otorgamiento indebido de créditos, toda vez que se determine la culpa, como causal generatriz del daño provocado a los terceros o al concurso. Los acreedores del fallido son terceros frente a la culpa del banco prestamista y su derecho a la indemnización surge de la ley misma (arts. 246, inc. 3, y 248, inc. 2, de la ley 19.551). La generación de confianza, como dice la doctrina anglosajona, es la consecuencia inmediata del hecho culposo de créditos mal concedidos o violatorios de normas reguladoras de una política ordenada de créditos, que posibilitó mantener viva y en actividad a una empresa que debió desaparecer del mercado.

La culpa en el otorgamiento de créditos se da cuando la entidad financiera omite el cumplimiento de normas legales especiales que regulan la actividad bancaria en las operaciones activas (arts. 512, 520 y 902 del Código Civil). Tal es el caso de las operaciones prohibidas por el art. 28 de la ley 21.526 y 24.144 de entidades financieras, como la de explotar por cuenta propia empresas comerciales, industriales, agropecuarias o de otra clase y operar con sus directores y administradores y con empresas o personas vinculadas con ellos, en condiciones más favorables que las otorgadas de ordinario a su clientela. El abuso del crédito activo, con el correlativo abuso del endeudamiento por los clientes, determina la calificación de conducta fraudulenta del fallido (art. 235, inc. 3, ley 19.551), y la complicidad puede surgir por la concurrencia displicente del banco, conociendo o debiendo conocer las maniobras de créditos injustificados.

En el caso de las operaciones bancarias prohibidas, la calificación de ilicitud de tales actos jurídicos es determinante de responsabilidad por culpa aquiliana, por las consecuencias mediatas de tales actos ilícitos. Frente al concurso o los terceros acreedores del patrimonio cesante, la relación de causalidad tiene su fuente en la propia ley especial, y por ello la responsabilidad extracontractual hace imputable al autor del ilícito bancario. En el caso de las entidades aseguradoras y por imperio de la ley especial que regula la actividad y control de la superintendencia de Seguros de la Nación, resulta operación prohibida "recurrir al crédito bancario por cualquier causa, salvo cuando lo sea para edificar inmuebles para renta o venta, previa autorización en cada caso de la autoridad de contralor" (art. 29 inc. g) de la ley 20.091). También es operación prohibida a los aseguradores, "descontar los documentos a cobrar de asegurados o terceros, ni negociar los cheques que reciban..." (art. 29, inc. d) ley 20.091). En consecuencia, la limitación legal para la realización de operaciones bancarias activas con entidades aseguradoras institucionalizadas, genera la nulidad de las operaciones crediticias, en mérito a la ilicitud del otorgamiento de crédito, según la inteligencia de los artículos 1045, 1047, 1058 y 1066 del Código Civil. La responsabilidad por este otorgamiento de créditos, que resultan prohibidos por la ley para el prestatario, es de naturaleza subjetiva y asumen la culpa civil, por la inobservancia de las normas propias de la actividad y en razón de la profesionalidad del banquero (arts. 512 y 902 del Código Civil), no solamente la institución financiera, sino también los directores, síndicos y funcionarios de la entidad prestamista (art. 41, ley 21.526 y 24.144). En el caso de la quiebra de prestamista y prestatario, los síndicos y terceros acreedores, tienen legitimación causal activa para la imputación de responsabilidades solidarias a los sujetos físicos y jurídicos que merecen esta atribución culposa.

Las mismas observaciones, en su fundamento jurídico, caben señalar en el caso de otorgamiento de créditos de bancos oficiales a gobiernos provinciales, municipalidades o empresas públicas, en la medida en que las leyes especiales, cartas orgánicas, reglamentos municipales o disposiciones administrativas vinculadas a leyes de contabilidad y licitaciones públicas, prohíban o limiten la operación bancaria activa a estos sujetos de derecho público.

La ley 21.526 y la actual reforma de la ley 24.144, de Entidades Financieras, al regular el poder de policía financiera que ejerce el Banco Central de la República Argentina, establece responsabilidades solidarias para la entidad y sus directivos en caso de multas (art. 41, inc. 3, ley

21.526). La nueva ley 24.144 establece que el Banco Central de la República Argentina reglamentará la aplicación de las multas, teniendo en cuenta para su fijación los siguientes factores: 1. Magnitud de la infracción. 2. Perjuicio ocasionado a terceros. 3. Beneficio generado para el infractor. 4. Volumen operativo del infractor. 5. Responsabilidad patrimonial de la entidad. En la imputabilidad a las entidades y personas que las manejan, la nueva legislación tiene en cuenta los perjuicios ocasionados a terceros en el ejercicio de la actividad bancaria y que puede darse en el caso de otorgamiento de créditos donde se refleje abuso del dador y del prestatario de la operación activa.

En el otorgamiento de créditos que hacen los bancos comerciales a sus clientes con el objeto de la promoción de capitalización de la entidad, se da un caso especial de abuso, pues se opera activamente con personas vinculadas a ellos en condiciones más favorables que las otorgadas de ordinario a su clientela, y operar así configura un acto ilícito por la calificación de prohibida a la citada línea de préstamo (art. 28, inc. d, ley 21.526). La suscripción de acciones de una entidad financiera por la vía del crédito preferencial a su cliente y accionista, importa un aporte ficticio. El maestro Halperin habla en su libro sobre "Sociedades anónimas"¹⁹, acerca de la nulidad de los aportes ficticios, que se da, en el caso mencionado, por la vía de un crédito para suscribir acciones de la propia entidad prestamista y que capitaliza con fondos de sus depósitos prestables, que son pasivo financiero a su vez.

Por último, en el campo societario, la figura del buen hombre de negocios, como pauta genérica de conducta mercantil de los arts. 59, 274, 275, 278, 279, 276 y 277 de la ley 19.550, es aplicable al banquero, como administrador de un sujeto de derecho con objeto social especial y exclusivo.

La acción social de responsabilidad puede ser iniciada por el síndico de la fallida bancaria contra los directores y síndico del banco, como consecuencia de la imputación de responsabilidad por el otorgamiento abusivo de créditos y la incobrabilidad de ellos, por haber sido dados en violación de la ley o de las normas vigentes. Las entidades financieras en quiebra tienen al Banco Central de la República Argentina, como el acreedor mayoritario y en tal carácter pueden actuar en el ejercicio de sus derechos concursales y para incrementar el activo liquidable, y como tercero damnificado puede actuar por la vía de las acciones de responsabilidad financiera por la gestión ilícita o indebida en el otorgamiento abusivo de créditos impagos y en los términos del art. 41 de la ley 21.526 y su reforma por la ley 24.144 podrá promover las

acciones penales que correspondieran, en cuyo caso podrá asumir la calidad de parte querellante en forma promiscua con el ministerio fiscal.

En el campo penal, las figuras de los arts. 6, 7,8 y 9 de la ley 20.840, de seguridad nacional, califica de subversión económica la conducta de los administradores y síndicos de las entidades financieras fallidas, que han comprometido injustificadamente el patrimonio social. El art. 173, inc. 7, del Código Penal habla de la administración fraudulenta, haciendo verdaderas imputaciones de tipo subjetivo cuando la empresa por medio de su actividad ha caído en quiebra. La provocación de falencia como delito de los arts. 177 y 178 del Código Penal, la negociación incompatible y el abuso en la función de entidades oficiales de los arts. 248 y 265 del Código Penal, el balance falso del art. 300, inc. 3, y también la imputación de responsabilidad penal por la usura en la figura del art. 175 bis del Código Penal, cuando se da crédito con ligereza, extorsión y abuso, son cartabones de la legislación penal que motivan la responsabilidad por el otorgamiento de créditos bancarios. En el caso de los grupos económicos, que tienen una entidad financiera como centro y madre de operaciones crediticias y comerciales, suele ocurrir que el crédito está dirigido a las empresas del grupo y las dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones, originan la falta de un recupero adecuado para el mantenimiento de las relaciones técnicas de la entidad financiera. En el caso del Banco de los Andes S.A., la liquidación de esta entidad financiera por el Banco Central de la República Argentina, provocó la quiebra y liquidación de más de 40 empresas integrante del Grupo Greco y la causa fuente de las dificultades estuvieron dadas por el hecho de que el 70% de los créditos otorgados por el banco fueron dados a las mismas empresas del grupo, sin un flujo corriente de liquidez que permitiera una evolución normal y el abuso en el otorgamiento de créditos al grupo, generó las acciones administrativas y penales que se tramitan en la justicia federal y que a más de 10 años de la declaración de la quiebra del banco y de las empresas vinculadas, los procesos continúan con la multiplicidad de expedientes e incidentes. Esta es una consecuencia directa de la responsabilidad de la banca en el otorgamiento abusivo de crédito²⁰.

La problemática de la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos debe ser estudiado preventivamente, para evitar soluciones judiciales injustas o arbitrarias por no estar encuadradas en el ordenamiento jurídico vigente. Los jueces deben juzgar conforme al orden jurídico que nace de la aplicación del art. 31 de la Constitución Nacional y por ello deben evitar construcciones jurídicas con fundamento

en otras legislaciones, con otra informática doctrinal. El respeto a nuestro sistema contractual y financiero es una garantía de la libertad para ejercerla con responsabilidad. Consideramos que la empresa bancaria está incrustada en un quehacer metafísico y su actividad tiene importantes consecuencias éticas, sociales y económicas en el cuerpo de nuestra cosmología del derecho público y privado. Los bancos con su actividad deben tender al bienestar general de la comunidad a la cual sirven, para que los hombres vivan mejor.

3. Responsabilidad por operaciones pasivas.

3.1. Depósito dinerario. Inversiones en la banca.

Las operaciones pasivas son los contratos bancarios vinculados a depósitos, cuenta corrientes y su movilización con cheques, y todas las obligaciones dinerarias que asume el banco frente a su cliente por las inversiones e imposiciones que éste realiza en la entidad. Así consideramos de esta categoría a las obligaciones negociables que emiten los bancos, conforme a la reglamentación bancaria vigente, y a todos los títulos valores que suscribe por créditos que recibe y que se instrumentan en commercial papers, instrumentos negociables, pagarés o promissory notes y los llamados security de la legislación americana (Securities Act of 1933, cuyo artículo 3^o los define como nuestros títulos valores y por ello la securitización constituye la titulización de créditos bancarios).

El depósito bancario de dinero se realiza a través de diversas formas operativas: depósitos a la vista en cuenta corriente, depósitos a plazo fijo nominativo transferible e intransferible, cajas de ahorros común, usuras pupilares, depósitos judiciales en los bancos oficiales y las demás modalidades cuya regulación se encuentra en la Comunicación "A" 1199 del 21.05.88 y denominada comúnmente OPASI-2.

En los depósitos dinerarios y bancarios, el depositario sólo queda obligado a restituir la misma cantidad recibida, siguiendo la regulación del depósito irregular normado en el artículo 2189, inciso 1 del Código Civil y por ello en este tipo de depósito irregular el depositario está facultado para usar la cosa depositada. Consecuentemente el depositante, tiene un derecho crediticio contra el banco depositario para exigir la devolución de la cosa y por ello los depósitos bancarios de dinero se contabilizan en el pasivo de la entidad. El depositante es un acreedor simple o quirografario del banco depositario y sobre esta relación jurídica

debemos considerar las responsabilidades y garantías de la entidad frente al acreedor depositante en moneda nacional o extranjera, ya que este tipo de moneda también es dinero, en la nueva estructura jurídica monetaria que introdujo la ley 23.928.

En esta inteligencia, podemos señalar que los únicos depositantes que tienen una garantía por el crédito dinerario, son los que realizan sus operaciones pasivas con los bancos oficiales de la Nación, de las Provincias y Municipalidades, por aplicación de las leyes oficiales respectivas, que constituyen sus cartas orgánicas. Así como el artículo 3° de la ley 24.144 -Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina- establece: "El Estado Nacional garantiza las obligaciones asumidas por el Banco", los bancos oficiales provinciales contienen normas similares. El artículo 20 de la ley provincial de Mendoza N° 5805 establece: "El Estado garantiza las operaciones pasivas del Banco de Mendoza S.A. y del Banco de Previsión S.A. Los bancos acordarán con el Poder Ejecutivo, las condiciones y onerosidad de esta garantía. El convenio de garantías deberá ser aprobado anualmente por la Legislatura". La responsabilidad de estos bancos oficiales por sus operaciones pasivas, se concreta en su propio patrimonio y subsidiariamente por la garantía legal del Estado, en caso de liquidación.

El crédito del depositante contra el banco sólo nace de los depósitos genuinos y legítimos que realiza y se encuentra garantizado con el patrimonio social. Pretender lo contrario implica cambiar la naturaleza jurídica del depósito irregular e impediría al banco la utilización de dicho dinero en sus operaciones activas y por ello es aplicable el artículo 2185, inciso 4 del Código Civil, que remite a las leyes especiales la regulación vinculada a esta categoría de depósitos en bancos institucionalizados.

Eliminada la garantía del Banco Central de la República Argentina, de los depósitos constituidos en las entidades financieras argentinas, los acreedores bancarios tienen las preferencias que determina el artículo 49 de la nueva ley de entidades financieras 24.144 y que se refiere a los privilegios que se pueden ejercer en la liquidación y quiebra de las entidades financieras. La responsabilidad del banquero por sus depósitos queda limitada, en primer lugar, a los encajes por efectivo mínimo en moneda local, como un privilegio especial y hasta la suma de \$ 3.000, y por los depósitos en moneda extranjera con un privilegio general sobre el patrimonio de la fallida, que deberá esperar el cobro de la acreencia de los acreedores del concurso y los créditos del Banco Central de la República Argentina.

3.2. Cuenta corriente bancaria. Cheques.

El contrato de cuenta corriente bancaria, constituye una operación que maneja depósitos a la vista, como así también van a la misma todo tipo de negocios activos y que reflejan las relaciones comerciales entre el banco y el cliente. Respecto a la responsabilidad de los bancos por el manejo de las cuentas corrientes, debemos destacar la vinculada con los depósitos a la vista de dinero nacional y extranjero, de lo que se origina con el uso de los cheques, como instrumento de pago y título de crédito que moviliza dicha cuenta corriente.

Los depósitos en cuenta corriente bancaria, por su categorización de depósitos irregulares, son propiedad del banco, que genera un crédito dinerario a favor del cliente depositante. Las contabilizaciones erróneas no generan derecho alguno a favor del cliente y el banco se encuentra autorizado a debitar todo importe incorrecto o erróneamente reflejado en la contabilidad, como lo sostiene Carlos Villegas en su ponencia a las Jornadas de Derecho Bancario realizadas en San Juan en 1991. Consideramos que son aplicables por analogía, las reglas de la cuenta corriente mercantil en lo que hace a la aplicación de la cláusula "salvo encaje" o "salvo ingreso en caja" para el caso de depósito de títulos valores erróneamente acreditados y a que se refiere el artículo 779 del Código de Comercio vigente. En consecuencia, la responsabilidad del banco por la acreditación indebida o errónea de títulos valores y depósitos dinerarios en la cuenta corriente, queda circunscripta a la existencia de un daño cierto, a la antijuricidad de la conducta reprochable y a la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, siendo de naturaleza subjetiva y contractual entre el cliente y el banco y como extracontractual frente a terceros. En las recomendaciones de las Primeras Jornadas de Derecho Civil, y sobre el tema de la responsabilidad de las entidades financieras -Mendoza, 1983-, se consideró este tema como regido por las normas vinculadas al incumplimiento contractual entre partes y de responsabilidad extracontractual frente a terceros por el manejo de la cuenta corriente en infracción a las normas reglamentarias del B.C.R.A., y en especial la regulación de la OPASI-2.

El cierre abusivo de la cuenta corriente bancaria, por parte de la entidad financiera, puede generar su responsabilidad, cuando no se accede a un levantamiento justificado, como es el caso de proceder a su clausura por cheques falsificados o adulterados al librador, o mantener el cierre más allá de los períodos de la rehabilitación solicitada u originadas en errores imputables al propio banco girado y también el caso de cierre por rechazos de cheques librados con anterioridad a

medidas cautelares dispuestas judicialmente y que impidieron el pago regular de los cheques y que tales medidas cautelares hayan sido desconocidas por el librador en oportunidad de su emisión, lo que deberá ser suficientemente acreditado por éste, a satisfacción de la entidad girada, según surge de la inteligencia de las normas contenidas en 1.3.4.2 y 1.3.4.10 de OPASI -2.

Un caso importante sobre acreditación de valores en la cuenta corriente bancaria, fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 28.09.89 en autos "Banco de la Nación Argentina c/ Chapas y Perfiles S.A. (CHYPSA) y otros s/cobro de pesos (repetición)"²¹, y se sostuvo: "En la cuenta corriente bancaria, al depositar un cheque, el cuentacorrentista confiere un mandato al banco para que cobre el título y acredite el importe en la cuenta. La registración en la misma documenta el mandato, donde actúa como mandatario que proporciona al cliente un "servicio de caja" sin obligación de otorgarle crédito, como ocurre en la cuenta corriente mercantil (arts. 777, inc. 2 y 779, Código de Comercio; arts. 1949 y 1950 del Código Civil). El banco que por error acredita en la cuenta corriente un cheque sin fondos depositado por el cliente, no puede hallarse en peor condición que los intervinientes en una cuenta corriente mercantil puesto que en esta última el acreditamiento de los valores depositados se efectúa bajo la condición de que sean pagados -"cláusula salvo encaje" o "salvo buen fin" (arg. arts. 777, inc. 2 y 779 del Código de Comercio). Si la condición no se cumple el banco está facultado para cargar al depositante, mediante un contrasiento, el importe abonado por el cheque. Si para cobrar al cuentacorrentista un cheque acreditado por error, el banco optó por un proceso de conocimiento en vez de la vía ejecutiva (arts. 793 del Código de Comercio), tal circunstancia no constituye un impedimento de orden formal ni sustancial para el agotamiento de su pretensión (arg. art. 521 Código Procesal)". Este fallo ha merecido comentarios antagónicos de Mario A. Bonfanti y de Carlos G. Villegas²². Compartimos el criterio de Villegas, que acepta la doctrina legal de la Corte Suprema, por cuanto los argumentos del fallo nos parecen correctos y responden a la realidad de la praxis bancaria de todos los días. Los bancos toman en cuenta el dinero del depósito de cheques al cobro, sea mediante su acreditación definitiva o provisoria en la cuenta y normalmente, pagan al cuentacorrentista libramientos contra ese saldo. Sea que paguen al cliente porque otorgan créditos sobre el valor al cobro o porque han considerado acreditado definitivamente el valor, no se les puede negar el derecho a debitar su importe en caso de ulterior rechazo, no sólo por las razones apuntadas por la Corte, sino

también porque el contrato de cuenta corriente se debe ejecutar y cumplir -como todos los contratos- de buena fe, y nadie puede prevalerse del error de la otra parte, ni el cuentacorrentista respecto del banco, ni éste respecto de su cliente²³.

El tema de la responsabilidad del banco y su vinculación con la naturaleza del contrato de cuenta corriente bancaria y sus modalidades operativas, fue tratado por la doctrina legal de nuestros Tribunales, al desestimar una demanda contra un banco privado que le formuló un cliente, que sufrió un asalto en las instalaciones del banco y luego de haber retirado del tesoro de la casa bancaria una importante suma de dinero. La Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, Sala II, diciembre 13-1991, en "La Buenos Aires Cía. de Seguros c. Banco de Crédito Argentino", dijo: 1. El contrato de cuenta corriente bancaria es aquél por el cual el banco se obliga a mantener a disposición de la cocontratante la suma acreditada o depositada para atender las órdenes de ésta conforme con las modalidades adoptadas; es decir que la entidad presta dos servicios: el de guarda o custodia del dinero y el de la caja, que se desarrolla a través del libramiento de cheques que hace el cliente. 2. Al depósito en cuenta corriente -que es una de las operaciones contempladas por nuestro Código de Comercio como integrantes del contrato de cuenta corriente bancaria, en sus arts. 791 a 797 (la otra es la apertura de crédito)- le resultan aplicables subsidiariamente las normas del depósito irregular. En esa operación la propiedad del dinero es sustituida por la propiedad del crédito que resulta del dinero depositado en el banco (arts. 732, 2189 y 2220, Cód. Civil) y respecto de dicho crédito recae la obligación de custodia que asume la entidad financiera. 3. La obligación de custodia que asume el banco en el contrato de cuenta corriente es una prestación principalísima, pero dicha obligación, en tanto derivada del contrato de cuenta corriente bancaria, cesa en el momento del retiro de los fondos, es decir, al ser pagado por el depositario el cheque respectivo a su portador legitimado, no puede razonablemente considerarse que se extiende durante todo el lapso por el que permanezca en la sede de la entidad crediticia quien haya percibido los valores. 4. No resulta posible imputarle al banco demandado responsabilidad objetiva alguna derivada del riesgo propio de su actividad, porque nuestro código Civil sólo admite la responsabilidad por el riesgo de la cosa y no de la actividad"²⁴.

La responsabilidad del banco por la apertura de cuentas corrientes con incumplimiento de los requisitos establecidos por el Banco Central ha dado nacimiento a una doctrina legal específica sobre el tema y

contenida en numerosos pronunciamientos y entre ellos anotaremos los más relevantes por sus argumentos jurídicos.

La Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, 16.06.93, en "Espinosa Jorge, c/Citibank N. A.", dijo: "La mera calidad de portador legitimado del cheque acredita el interés en el cobro; si él lo abonó o no, resulta indistinto a los fines de reclamar al banco que abrió la cuenta corriente sin cumplir con la reglamentación del Banco Central. Es responsable el banco por los perjuicios causados por el libramiento de cheques incobrables, si obró en forma imprudente y negligente al posibilitar la apertura de una cuenta corriente a quien se encontraba inhabilitado por el Banco Central. La inobservancia de las directivas del Banco Central resulta incompatible con la diligencia con que el banco debe obrar en la apertura de una cuenta, pues si bien no está obligado a realizar una investigación policial para verificar la certeza de los datos proporcionados por el solicitante, es su deber obrar con la mayor prudencia para evitar, en la medida de lo posible, que la titularidad de una cuenta corriente bancaria sea el medio para cometer una defraudación por medio de cheques"²⁵.

La Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, febrero 11, 1993, en el caso "Cierres Love, S.A. c. Banco Provincia de Buenos Aires", formuló la siguiente doctrina legal: "1. Resulta aplicable al banco demandado el estándar contenido en el artículo 902 del Código Civil por obrar, al proceder a la apertura de una cuenta corriente, con negligencia exteriorizada en la omisión de verificar los extremos indicados en la Circular del Banco Central, desatendiendo así las obligaciones propias de su incumbencia. En consecuencia, debe considerarse que obró con culpa en los términos de los artículos 512, 902 y 1109 del Código Civil, siéndole atribuibles las consecuencias inmediatas y mediatas de su obrar. 2. Incurrir en inequívoca imputabilidad culposa la entidad bancaria que, con manifiesta ligereza, procede a la apertura de una cuenta corriente bancaria peticionada por una persona munida en forma fraudulenta de un documento nacional de identidad extraviado o sustraído. 3. La falta de un acabado y fiel cumplimiento de las normas que disciplinan la apertura de cuentas corrientes, trae como consecuencia la responsabilidad civil del banco derivada del daño configurado por la incobrabilidad del cheque librado por persona desconocida. Pero debe estimarse que existe culpa concurrente entre el banco y el damnificado, si este último aceptó un cheque firmado en blanco de un desconocido en nombre del supuesto firmante del documento, desde que tal comportamiento tiene indudable gravitación en el resultado dañoso. 4. Al abrir una cuenta corriente los bancos deben extremar la cautela en

atención al conocimiento que deben tener del peligro que importa su apertura, ya que por tal medio se facilita la comisión de una variada gama de ilícitos con un cierto margen de impunidad. Por ello, cuadra admitir la responsabilidad del banco cuando de su obrar culposo resulta un daño a otro, aún cuando sea producto del dolo empleado por un tercero que aprovechó la culpa del banco. 5. Es responsable el banco que al abrir una cuenta corriente no ha seguido las directivas del B.C.R.A. al respecto, verificando de modo particular la identidad de los solicitantes, así como la existencia real de las personas a quienes se propone para afianzar la solvencia material y moral del requirente. 6. No se puede abrir una cuenta a la primera persona que pasa por la oficina del banco sin exigirle una identidad completa, porque se corre el riesgo de que la misma sea un impostor que recurre al serio mecanismo bancario para cometer delitos que sólo por ese medio pueden consumarse. El banco que no ha tomado tales precauciones debe reparar la lesión ocasionada por la incobrabilidad del cheque al portador del mismo, en virtud de la responsabilidad que emana de la negligencia con que actuó en la apertura de la cuenta y de conformidad con lo establecido por los artículos 511, 513, 902, 909 y 1109 del Código Civil. 7. Cualquier omisión del banco a las exigencias dictadas por el B.C.R.A. al reglamentar el procedimiento para la apertura de cuentas corrientes debe serle imputada como culpa grave. Por tanto, la falta de verificación por parte del banco de las referencias sobre la solvencia moral y material del solicitante de la apertura de la cuenta corriente que debían dar terceros en forma personal, lo hacen responsable por los perjuicios ocasionados"²⁶.

En algunas oportunidades la jurisprudencia ha exigido el requisito previo de que el damnificado haya intentado contra el librador del cheque la acción cambiaria respectiva. Así se sostuvo: "Para que proceda la acción de daños y perjuicios contra el banco, derivados de la transgresión de las normas de apertura de cuenta corriente, se requiere que se acredite la existencia del daño, debiendo, asimismo deducirse previamente la acción que confiere el artículo 38 de la Ley de Cheques, quedando solamente expedito la vía para hacer efectiva la responsabilidad del banco girado, cuando el cobro contra el librador no ha dado resultado o se hiciese imposible"²⁷.

La responsabilidad del banco necesita de la verificación de que ha incurrido en culpa, como así también de la relación de causalidad adecuada, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Krakovsky, David c/Banco Municipal de la Ciudad de Buenos Aires"²⁸, al decir: "Sólo se responde de los daños cuando éstos se hallan

en relación causal adecuada con el acto del responsable (art. 901 y sgts. del Código Civil), es decir, cuando el acto debía normalmente producir esos daños y éstos eran por lo tanto previsibles".

La Cámara Civil y Comercial de San Isidro. Sala I, diciembre 10-1991, en el caso "Gui, Julio c. Banco Nueva Era" sostuvo: "2. El incumplimiento de un deber jurídico administrativo configura, sin lugar a dudas, un hecho ilícito punible cuando el administrado resulta perjudicado por la conducta inadecuada del administrador -en el caso un banco- siempre que cause un daño. Por lo tanto, el usuario de un servicio público lesionado en su patrimonio, tiene pleno derecho a ser indemnizado según las normas generales contenidas en el Código Civil (Arts. 1109, 1112 y concordantes). 3. La determinación de la culpa del banquero profesional debe hacerse de acuerdo a los principios generales del derecho común (art. 512 Código Civil), teniendo presente que, cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos, y ha de estimarse por la condición especial de los agentes (art. 902 y 909, Código Civil). Además el banco responde inexcusablemente por los actos u omisiones ilícitos cometidos por sus agentes, en orden a lo dispuesto por los artículos 43 y 1113 del Código Civil; si prueba acabadamente alguna excepción legalmente prevista, puede limitar su deber de responder"²⁹.

Otro aspecto de la responsabilidad de los bancos en el manejo de la cuenta corriente bancaria, está dado por la inclusión de débitos proveniente de situaciones de silencio del cliente, que no responde a las insinuaciones del banco para incorporar seguros colectivos, negocios accesorios, etc. El silencio no configura una manifestación de voluntad, sino en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 919 del Código Civil y cuando hay obligación legal de explicarse. El silencio no importa una aceptación tácita en los términos de los artículos 918, 919, 1145, 1146 y concordantes del Código Civil y por lo tanto el silencio no puede ser el instrumento para la formación de este contrato y ello se dice por su vinculación con seguros, tarjetas de créditos y otros servicios adicionales a este contrato de cuenta corriente bancaria, que no puede aceptar débitos inconsultos. Por otra parte, la nueva ley de defensa del consumidor impide este mecanismo negocial.

3.3. Responsabilidad por el pago indebido de cheques.

La reforma del régimen del cheque introducida por la ley 23.549 y por la cual quedó anulado el sistema de transmisión por endoso que

establecía el decreto ley 4776/63, ha posibilitado la circulación por la simple tradición del título en los cheques permitidos como librados al portador en razón de su monto y en los restantes como nominativos únicamente. El nuevo artículo 13 de la ley de cheques, según el texto de la ley 23.549 determina la transferencia "bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria" y de este sistema se infiere una asimilación con la cláusula "no a la orden" de la legislación derogada. La negativa de pago por parte del banco girado se produce, según el artículo 34, inciso 5°, "cuando el cheque haya sido librado por un monto superior al que resulte de lo preceptuado por el artículo 56, última parte, y no tuviere indicación de beneficiario o fuere presentado al cobro por una persona distinta del mismo, su mandatario o el beneficiario de una cesión ordinaria;...". Cuando fuese presentado al cobro por una persona distinta del beneficiario, su mandatario o cesionario, también será rechazado el cheque nominal, por falta de legitimación activa del presentante, pues no tiene la investidura formal necesaria para efectivizarlo³⁰.

El pago resulta indebido si se lo hace a quien no es el beneficiario directo, su mandatario o cesionario y el banco paga mal por hacerlo contraviniendo la ley de cheques -art. 34, inc. 5°- y las disposiciones sobre el funcionamiento de las cuentas corrientes bancarias de la OPASI-2. La responsabilidad del banco, frente al cliente librador del cheque, tiene su fuente en el contrato de cuenta corriente bancaria y por lo tanto la responsabilidad es por incumplimiento contractual. Respecto del tercero beneficiario del cheque mal pagado por el banco, la responsabilidad del girado resulta extracontractual, toda vez que el beneficiario legítimo tiene un derecho que emerge del título y resulta ajeno a la relación contractual subyacente entre banco y librador.

Similar postura cabe respecto de los cheques cruzados, que solamente se pagan al banco girado, en el caso de un cruzamiento especial, y a cualquier banco en los cruzamientos generales, según los artículos 44 y 45 de la ley vigente de cheques. "El girado o el banco que no observe las disposiciones precedentes responderá por el perjuicio causado hasta la concurrencia del importe del cheque", según la última parte del artículo 45 de la regulación del cheque cruzado del decreto ley 4776/63 reformado por la ley 23549. Aquí se ha determinado legislativamente un límite cuantitativo a la responsabilidad del banco por el perjuicio causado y que se establece hasta la concurrencia del monto del cheque pagado indebidamente. Este es el mismo criterio del artículo 38 de la Ley Uniforme de Ginebra de 1931, como estatuto tipo. Como dice Villegas, "se trata de un caso de responsabilidad de derecho común,

no cambiaría, que obliga a los bancos a actuar con la debida diligencia y profesionalidad. Tal limitación pecuniaria en cuanto a esa responsabilidad comprende la actuación culposa del banco y cubre la negligencia de sus empleados. Pero si hubiera dolo, ese límite no resulta aplicable y el banco deberá pagar la totalidad de los daños y perjuicios que hubiere causado (conf. Fontanarrosa, ob.cit. pág. 185, Gómez Leo, ob. cit. pág. 385)³¹.

El tema de la responsabilidad de los bancos por sus operaciones en la cuenta corriente bancaria y el manejo de cheques, tiene viejos antecedentes jurisprudenciales nacionales. En el juicio "Muñoz c. Banco de la Nación Argentina y Banco Provincia de Buenos Aires", la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal hizo lugar a la demanda por la indebida apertura de la cuenta corriente bancaria, imputando responsabilidad al Banco de la Nación Argentina por este tipo de contratación bancaria y en relación a los cheques vinculados a la misma (J.A., 1966 -III, pág. 164). Igual criterio se determinó sobre la base de la responsabilidad contractual en el caso "Aragón c. Banco del Sud"³².

En el caso de los cheques adulterados la responsabilidad del banco, tiene diversos matices. La Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, marzo 4-1993, en "Compañía Arenera S.A. c. Río de la Plata"³³, sostuvo: "Desde que la principal obligación de un banco es pagar el cheque inmediatamente a su presentación, pudiendo sólo negarse a hacerlo en los casos previstos por el artículo 34 del decreto ley 4776, el pago sólo genera su responsabilidad si la adulteración del cheque es visible sin necesidad de recurrir a medios especiales, por existir signos evidentes de adulteración. El librador del cheque incurre en culpa en los términos del artículo 512 del Código Civil, al enviar el cheque por correo, utilizando un medio expresamente prohibido y riesgoso en atención al estado actual de nuestras comunicaciones. Cuando el caso no encuadra en algunos de los supuestos expresamente contemplados en los artículos 35 y 36 del decreto ley 4776/63, la responsabilidad debe juzgarse conforme a las normas comunes referidas a la culpa o el dolo".

La problemática de la responsabilidad del banco en el pago de los cheques adulterados y falsificados, ha sido tratada por la doctrina legal de nuestro país, a través de numerosos pronunciamientos que han fijado la pauta común de la interpretación de las normas cambiarias vigentes y aplicables al caso. Así se ha dicho: "1. El artículo 36 del decreto ley 4776/63 al eximir de responsabilidad al banco pagador en casos de falsificación, cuando ésta no fuera visiblemente manifiesta, se refiere pura y exclusivamente a la firma estampada en el cheque y no a la adulteración de las otras enunciaciones del título. 2. Cuando la ley habla

de raspado, testado, interlineado, borrado u otra alteración en cualquiera de sus enunciaciones, el banco debe extremar el celo en el detenido examen del título. Del resultado de esa observación dependerá el grado de responsabilidad que le pueda corresponder, ya que no es la mera falsificación grosera la que obliga al banco, sino aquella que con una atenta observación a realizarse en el breve lapso que supone el normal pago de un cheque, permite sospechar de cualquier anomalía que presente el título. 3. El banco no actúa como un tercero extraño; por el contrario, está obligado por la obligación contractual que mantiene con su cliente. Por tanto, le incumbe realizar la constatación en forma que cumpla satisfactoriamente con su finalidad, de modo que la celeridad con que pudo haber obrado el empleado bancario al efectuar el pago no se concibe en una institución que está manejando dineros ajenos. El art. 34 inc. 3° de la ley de cheque establece una prohibición para el banco de pagar el cheque en los supuestos que enumera y no una mera facultad³⁴.

En cuanto al examen de la adulteración del cheque la entidad bancaria debe realizar una confrontación, que si bien es cierto no es la propia de un técnico calígrafo, tiene un especial carácter por cuanto los empleados que realizan esa tarea adquieren notable experiencia en la materia que los habilita para advertir falsificaciones que podrían ser inadvertidas por personas profanas, ya que es propio de la actividad bancaria poner celo y preocupación especial en la disposición de los bienes que le son confiados³⁵. En esta materia, el apoyo de los visores de computación y de la electrónica y tecnología moderna, permiten al cajero pagador del banco, observar las firmas registradas de los libradores de cheques y hacer una confrontación visual, previa al pago y evitar así las responsabilidades por el pago de cheques visiblemente falsificados. A este respecto, la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, tiene dicho: "1. El cheque de firma falsificada no autoriza su cobertura por el banco, aunque la fórmula sobre la cual fue confeccionado hubiera sido efectivamente entregada por el banco al cliente. 2. La excepcionalidad del pago de giros en descubierto, respecto de la propia predisposición del banco para cubrir libranzas carentes de previsión, indica que el girado debe adoptar recaudos mayores con relación a ella. 3. Si el pago regular del cheque exigía la autorización a ese respecto del gerente de la sucursal cuya actuación debía ser exteriorizada con una "inicialización" sobre el cheque, al ser falsa la grafía de la autorización, ello indicaría al cajero que no debía cubrir el cheque. Por ello, la cobertura del mismo por aquél es precisamente la infracción del banco a su propia

práctica o uso interno, cuya ruptura entre lo acontecido y lo previsible de acuerdo al estilo corriente de trabajo configura la infracción responsabilizante del banco principal de ese cajero que entregó el monto del libramiento, a pesar de que la autorización estampada en el ángulo superior izquierdo del anverso del cheque no correspondía a su gerente.

4. El banco resulta exculpado de su infracción a las reglas de la cuenta corriente bancaria, si la falsificación no fuera perceptible, pero si la fácil visibilidad de la falsificación fue negada por el banco, éste debe acreditar esa circunstancia³⁶.

En otro caso, la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, dijo: "1. Para que el pago de un cheque con alteraciones pueda comprometer la responsabilidad del banco girado frente al librador, es menester que las mismas sean visiblemente manifiestas, y si bien la prueba idónea para demostrar tal extremo es la prueba pericial caligráfica, sus conclusiones no obligan al tribunal, a cuyo criterio queda determinar, en definitiva, si las adulteraciones pueden ser apreciadas a simple vista. 2. La existencia de una manifiesta adulteración en el texto del cheque autoriza a encuadrar el caso dentro del art. 34, inc. 3º del decreto ley 4776/63 en cuanto prevé que el banco se negará a pagar el cheque cuando estuviere raspado, borrado o alterado en cualquiera de sus enunciaciones o si mediara cualquier circunstancia que hiciera dudosa su autenticidad. 3. Configurados los presupuestos de responsabilidad contractual, el banco debe resarcir el daño sufrido por el librador como consecuencia del pago indebido del cheque, por simple aplicación del derecho común"³⁷.

4. Responsabilidad por operaciones accesorias y servicios

4.1. Cajas de seguridad.

La responsabilidad del banco se pone de manifiesto frente al caso de la sustracción de los valores que se hallan en las cajas de seguridad provistas por las entidades a sus clientes. La responsabilidad del banco se funda en la relación convencional, que para algunos se asemeja al depósito más que a la locación. Para nosotros es un contrato bancario típico que se refleja en una operación de servicios, propia de la actividad bancaria moderna.

Las discusiones entre las partes del contrato, quedan centradas en la cláusula de liberación de débito contractual que establecen las entidades, en el marco de un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas y similares para muchas instituciones y por la cual se eximen de

culpa por la atribución de desatención convencional y también por la pretendida liberación por "fuerza mayor", sin perjuicio de las medidas de seguridad que debe adoptar la entidad que ofrece el servicio de cajas de seguridad.

"En el campo científico la determinación del "nomen" contractual del servicio de cajas de seguridad ha concitado profundas y vanadas interpretaciones (entre otros, Fernández, "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial", T. III-B, Ps. 350/1, Ed. Depalma, 1987; J. Garrigues, "Contratos Bancarios", P. 476/77, Ed. Silvero Alvarez Torre, Madrid, 1958; Ripert Georges, "Derecho Comercial", T III, ps. 448/49, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1954; Zavala Rodriguez, "Código de Comercio Comentado", p. 112/5, Ed. Depalma, 1980; Argeri, Saúl A., "Contrato de Caja de Seguridad", La Ley, 1978-D, p. 1258 y numerosa doctrina allí citada). Pero la dilucidación de esta intrincada cuestión doctrinaria - oscilante entre calificar al contrato "sub examine" a título de locación o de depósito bien que con recurrencia a figuras innominadas sería exorbitante ai cometido jurisdiccional que nos ocupa a la luz de la estructura recursiva sometida a decisión de esta Sala", conforme los argumentos de la sentencia de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, octubre 23-992, en "Adler de Hosephsohn, Gerard c. Banco de Galicia y Buenos Aires"³⁸. En este mismo caso se dijo: "Creo que no es ocioso recordar una célebre decisión dictada por el Tribunal Supremo de España citada por Garrigues ("Contratos Bancarios" p. 475, Madrid, 1958, Ed. Silvero Aguirre Torre). Díjose allí -en relación al contrato objeto de litigio que cualquiera sea la denominación que se le diere por el influjo de sus complejas características de goce y custodia, es indudable, que cuando el cliente solicita del banco el servicio de una caja, tiene como fin principal y decisivo la custodia, que puede obtener por dos órdenes de medios, reales y personales, esto es, mediante el uso de una cosa (arriendo) y la prestación de guarda y vigilancia (depósito). Ese débito de guarda o vigilancia es, en verdad, objetivamente incontrovertible".

Respecto de las cláusulas liberativas, de responsabilidad por las entidades financieras, el fallo reseñado formula la siguiente observación, digna de ser referida: "Reza esa disposición que "se deja constancia que el banco es simple locador de uso de la caja y que el mismo no se asume ninguna responsabilidad por daños o pérdidas que pudieran sufrir las cosas guardadas en la caja o fuera de ella en caso que se produzca la apertura de la misma por cualquier causa". En verdad, para examinar la virtualidad de esa cláusula es indiferente que la misma se encuentre incluida en el marco de un contrato de adhesión. La interpretación de

sus términos -de cuya duda derivaría en principio una exegesis contraria al predisponente- no ofrece mayor complejidad. Lo que sucede es que una cláusula mediante la cual el banco niega "ab-initio" asumir responsabilidad por eventuales infracciones contractuales -recuérdese que fue estimado su débito a proveer guarda, seguridad y conservación de los efectos de referencia- constituye una cláusula cuya validez está subordinada a que el "deudor" esté exento de reproche -a título de culpa- en la materialización del "incumplimiento" (entre otros, Riper Georges, "Derecho Comercial", T. III, p. 451, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1954; Fernández, "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial", p. 453, Ed. Depalma, 1987). Como la culpabilidad del banco aparece implicada en la mencionada desatención contractual, la cláusula precedentemente transcrita no es invocable por el recurrente para excusar su responsabilidad".

La cláusula de exoneración de responsabilidad resulta incoherente en el contexto contractual y contraria a derecho y en caso del fallo mencionado, se demostró que las defensas de las cajas no fueron suficientes ya que los delincuentes hicieron muy fácilmente un boquete en una pared para penetrar al recinto donde estaban las cajas, el cual no contaba con alarmas y la carencia de estas medidas de seguridad o de defensa determinó su responsabilidad y sobre esto dijo el fallo: "No medió en el caso, pues, fuerza mayor alguna, sino insuficiencia en las medidas de defensas que debía establecer el banco". En cuanto a la existencia del daño y la fijación de su monto, es una cuestión sometida a pruebas de tasación y de capacidad patrimonial de los clientes. Esta sentencia que comentamos analiza la naturaleza jurídica del contrato de caja de seguridad y la responsabilidad por incumplimiento contractual y en especial, el vinculado al deber de custodia y los daños y perjuicios como una cuestión de prueba de las partes³⁹.

La doctrina nacional, al estudiar la responsabilidad bancaria por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio de cajas de seguridad, sostiene que la obligación de custodia aparece como elemento caracterizante del contrato y que se transforma en esencial y principal y que está vinculado a la idoneidad y custodia del local, a la tutela de la integridad de la caja, a la conducta del usuario y donde las causales de exoneración de responsabilidad tienen relación directa con la obligación de custodia, que es una obligación de resultado y por lo tanto al banco no le basta probar que tomó las diligencias del buen banquero, sino que debe acreditar el hecho concreto que rompe el nexo de causalidad y que tiene semejanza con los elementos de la responsabilidad objetiva. En

cuanto fortuito, para que sea liberador debe ser absolutamente imprevisible o inevitable, respecto a las cajas de seguridad, se ha dicho que el casus no está tanto en la imprevisibilidad como en la inevitabilidad. Pero además exige que sea un hecho extraño al riesgo empresarial, al área de su influencia, organización o esfera. En esta noción liberatoria caben las inundaciones, hechos de guerra y similares, incendios y hechos similares y siempre que no hayan tenido origen en el interior del banco y el daño se produjo no obstante que se adoptan todas las medidas de defensa posibles. La doctrina y jurisprudencia europea sobre el tema ha sostenido que los robos y hurtos no se los considera caso fortuito. En cuanto a la prueba del daño, en nuestro derecho, incumbe al actor que lo sufre, pues la institución ignora el contenido del cofre. Aída Kemelmajer de Carlucci, en un valioso trabajo sobre el tema, con abundante doctrina nacional y extranjera, reseña la jurisprudencia europea y la dificultad de la prueba del daño, sosteniendo la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de cajas de seguridad y que ellas deben quedar sometidas al régimen general y deben declararse inválidas las cláusulas que atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o que configuran un ejercicio abusivo del derecho; también las que, anticipadamente, liberan total o parcialmente del daño causado por culpa grave o dolo del deudor, o de las personas por las cuales éste debe responder, o que limitan o exoneran anticipadamente del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal⁴⁰.

Resulta ilustrativo y actual el comentario periodístico, que reseña que un banco privado nacional reconocerá a sus clientes una cobertura de 1.000 dólares por cada una de las 231 cajas de seguridad robadas a fin de semana en su sede del partido bonaerense de Avellaneda y esto refleja la asunción de la propia responsabilidad bancaria con motivo de la violación de las cajas de seguridad y como una respuesta a los clientes damnificados, sin perjuicio de las actuaciones individuales por los daños que acrediten⁴¹.

4.2. Custodia de títulos valores.

Una operación bancaria de servicio, denominada también accesoria o neutra, y que tiene por objeto la vinculación o conexión del cliente con el banco para la realización de múltiples operaciones financieras, lo constituye la custodia de títulos valores, máxime en la actualidad en que el banco pone al servicio de sus clientes toda una infraestructura de tecnología moderna. El nuevo sistema de títulos valores escriturales, como las acciones de las sociedades anónimas y las obligaciones nego-

ciables, llevan a la desmaterialización de los títulos o a una economía de valores sin títulos. En este ámbito los bancos cumplen una función de servicio y por el cual cobran comisiones, como precio del servicio prestado. En la actualidad la banca comercial universal se ha caracterizado por ofrecer mayor cantidad de servicios, presentándose la banca moderna como banca de servicios.

Los títulos valores, caratulares o representados por láminas, son cosas en la categoría del Código Civil y tanto como los títulos escriturales, son bienes que integran el patrimonio de un sujeto de derecho. La responsabilidad del banco por la guarda, custodia o depósito de los títulos de crédito, tiene su fundamento en el ámbito contractual, por cumplimiento del mandato y del depósito. El artículo 577 del Código de Comercio establece que cuando el depósito consiste en documentos de crédito que devengan intereses, estará a cargo del depositario su cobranza y todas las demás diligencias necesarias para la conservación de su valor y efectos legales, so pena de daños y perjuicios. La jurisprudencia y doctrina nacional sostienen que éste es un caso típico de depósito, en que el depositario, además de guardar, debe actuar o realizar una tarea activa. Zavala Rodríguez, al comentar este depósito activo y las responsabilidades del depositario bancario, refiere lo siguiente: "Dentro de esta obligación de "actuar" se ha considerado que el Banco de la Nación al cual entregaron los propietarios 60 títulos de la Cnadopyf, por ausentarse a España, donde permanecieron 13 años, es responsable por no haber realizado la sustitución de los valores no manifestando ninguna de las opciones que regían la emisión, ni haber pedido instrucciones a los depositantes, ni tampoco canjear esos debentures por títulos del crédito argentino interno, fijándose un plazo del 2 al 10 de abril para hacerlo efectivo, no obstante que el decreto que ordenaba ese canje establecía que las solicitudes debían efectuarlas directamente los tenedores y no se admitía intermediarios. Se rechazó la defensa del banco que sostenía que de conformidad con el artículo 579, Código de Comercio, debió darse preferencia a los reglamentos del banco, porque éste al fijar condiciones en que tomaba los depósitos en custodia establece que "se encarga sin responsabilidad en caso de omisión de la cobranza de cupones, dividendos y canje de títulos y acciones mediante comisión", y que no habiéndose declarado nula dicha cláusula, ella debe permanecer vigente y reglar las relaciones entre los contratantes. El banco no puede eludir las obligaciones que la misma ley crea para asegurar la conservación del valor y efectos legales del documento de crédito que se deposita. Sin esa obligación nadie arriesga-

ría entregar un título y documento de crédito en depósito, y desaparecería de la vida del comercio una institución que contribuye a su desarrollo y a la comodidad en las actividades en la vida económica y social⁴².

El depósito comercial de títulos valores en entidades financieras, genera las obligaciones inherentes al deber de custodia de la cosa motivo del contrato, para mantener no sólo su integridad física y jurídica, sino también el valor de las mismas y se responsabiliza el depositario de todo perjuicio, incluso en supuesto de caso fortuito, como lo sostiene Argeri⁴³.

Esta obligación de custodia de los títulos conlleva la obligación del banco depositario, de proceder al canje de los mismos cuando el ente emisor produce una transformación de las láminas en títulos escriturales, como así también en los casos de fusión, escisión y transformación de sociedades por acciones, bajo la responsabilidad de responder contractualmente por los daños y perjuicios que origine el incumplimiento de las obligaciones convenidas.

La misma responsabilidad cabe, en el supuesto de incumplimiento del contrato de depósito de títulos valores, cuando el depositante pierde los títulos con motivo de ilícitas operaciones del banco o de sus empleados, como es en el caso de la sustracción del recinto bancario de títulos de la deuda pública nacional. Se ha determinado que existe una responsabilidad bancaria que tiene un carácter profesional, el vinculado a la custodia de títulos de crédito⁴⁴.

4.3. Servicio de informaciones

Una operación bancaria de servicios, la constituyen las informaciones que se otorgan a clientes, terceros y jueces por oficios judiciales en causas pendientes y donde es una prueba informativa de los procesos y cuya veracidad resulta importante en la resolución de los conflictos privados y penales. Por ello, la responsabilidad de los bancos surge cuando existen errores en la información o bien ésta resulta falsa y puede originar perjuicios. En la conceptualización moderna de la teoría de la responsabilidad o reparación por daños, las falsas, adulteradas o erróneas informaciones bancarias que ocasionan perjuicios ciertos y que están encuadrados en la relación de causalidad adecuada, generan el derecho a una indemnización pecuniaria en relación al perjuicio acreditado.

Al eliminarse el secreto bancario para las operaciones activas y de servicios (art. 39, ley 21.526 y su reforma por la ley 24.144), las informaciones sobre estos negocios bancarios pueden tener múltiples derivaciones y hasta pueden servir para acreditar un estado de cesación

de pagos de una empresa en dificultades y de que puede valerse el peticionante de la quiebra, como prueba de la imposibilidad de incumplimiento de obligaciones privadas. También es importante la información bancaria para establecer el grado de endeudamiento y la responsabilidad patrimonial y su cumplimiento por parte de clientes que necesitan operar en el marco del comercio internacional e interno. La falsedad de informaciones provoca un daño indemnizable, como secuela de una responsabilidad subjetiva y extracontractual.

Las conclusiones de la Comisión N^o 1 que analizó la "Responsabilidad de las Entidades Financieras", de las Primeras Jornadas de Derecho Civil, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, del 24 al 26 de agosto de 1983, determinaron que existe responsabilidad contractual de la entidad financiera por suministro de informes inexactos sobre sus propios clientes y fue un despacho suscripto por unanimidad⁴⁵. Trigo Represas refiere el caso de un banco francés que fue liberado de su responsabilidad por el informe dado a su cliente y que provenía de un tercer banco y este informe era inexacto y causó perjuicios al cliente solicitante del informe. La Casación rechazó en este caso la responsabilidad del "Credit Lyonnais", por cuanto éste no había hecho otra cosa que retransmitir el informe recibido de la otra entidad, que era la única, por otra parte, en condiciones de darlo. El mismo autor refiere otro caso de la Corte de Casación francesa, de fecha 21.06.37, en los autos "Saint-Cizy Castan c. Banque Populaire Industrielle et Commerciale", que estableció la responsabilidad extracontractual de los artículos 1382 y 1384 del Código Napoleón, del banco al que se solicitaron informes sobre un cliente suyo, en miras de la realización de un importante negocio y que suministró a sabiendas indicaciones inexactas, tales como "paga bien-forma de obrar y pagar correctas", cuando en realidad tal cliente tenía documentos impagos y protestados por un monto de consideración⁴⁶.

Bonfanti, al estudiar la responsabilidad del banco por informaciones, sostiene que 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 no debe perjudicar a sus clientes y tampoco debe 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"⁴⁷.

En cuanto a las informaciones sobre operaciones crediticias y activas, se debe tener presente que el banco se compromete a no dar información

a terceros, cuando se suscribe la expresa cláusula de confidencialidad y por la cual se reserva el secreto de la operación o del contrato bancario. Esta cláusula es lícita y está dentro de la autonomía de la voluntad, reglada por los artículos 1197 y 1198 del Código Civil y no está prohibida por ninguna norma específica y por lo tanto le cabe la inteligencia de la permisibilidad del artículo 19 de la Constitución Nacional. La violación de la cláusula contractual, de reserva expresa, genera una responsabilidad contractual a cargo del banco infidente y a favor del contratante damnificado por la divulgación de información reservado. En este caso resulta indiferente la verdad o falsedad de los informes que se suministren a terceros ajenos al contrato y la lesión patrimonial puede estar dada por la incidencia o influencia de este conocimiento en los negocios y en el análisis de las posibilidades patrimoniales del mismo. A este respecto, no debemos olvidar que el éxito de los hombres de negocios, está íntimamente vinculado con el secreto de sus posibilidades y que la moderna ingeniería financiera ha desplegado un abanico múltiple de fórmulas para autofinanciar empresas y comprar paquetes accionarios de valor superior a la capacidad actual del comprador. En nuestro país, este fenómeno financiero lo hemos visto desarrollar en las privatizaciones de empresas públicas y donde las informaciones de la banca nacional y extranjera, tuvieron un papel importante en la concreción de uniones y asociaciones de empresas.

5. Responsabilidad del Banco Central de la República Argentina

El Banco Central de la República Argentina es el Entre Rector de la actividad financiera nacional y la cabeza del Sistema Financiero Argentino. Es el banco de los bancos de la República Argentina y su actividad está regulada por su Carta Orgánica dada por la Ley 24.144. La naturaleza jurídica de esta institución financiera está dada por el artículo 1 de su Carta Orgánica al establecer que "es una entidad autárquica del Estado Nacional regida por las disposiciones de la presente ley y demás normas legales concordantes". El Banco Central representa al Estado Nacional, en las relaciones con las entidades financieras institucionalizadas y los vínculos jurídicos que se generan son de naturaleza pública y por ende su actividad está dentro del ordenamiento jurídico argentino, que en su estructura esencial funciona como un Estado de Derecho .

Siguiendo el pensamiento del maestro Miguel S. Marienhoff, el fundamento jurídico positivo de la responsabilidad extracontractual del

Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita, hállese en el complejo de principios de derecho público, inherentes al Estado de Derecho, contenido en la Constitución Nacional. Como detonante para que esa responsabilidad exista y se haga efectiva requiérese la correlativa existencia de un daño jurídicamente resarcible. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos pronunciamientos y por mayoría, ha hecho lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños causados en ejercicio de su actividad lícita. "La importancia o trascendencia de la teoría o solución jurídica que acepta la responsabilidad del Estado por su actividad lícita es fundamental, pues desde un principio se vio en ella el medio de reparar injusticias o vacíos observados desde mucho tiempo atrás, en épocas donde, equivocadamente, para excluir tal responsabilidad, se consideraba pertinente aplicarle al Estado la vieja fórmula del derecho privado en cuyo mérito el ejercicio regular de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, lo cual impedía e impediría considerar como ilícito el acto respectivo. Esa vieja idea es la que actualmente contiene el artículo 1071 del Código Civil, que, no tiene aplicación respecto al Estado cuando éste actúa en su ámbito propio, o sea en el derecho público. Lo cierto es que la teoría de la responsabilidad del Estado por las consecuencias de su actividad lícita, al exigir inexcusablemente la existencia de un daño resarcible, reposa en hechos reales, objetivos, ciertos, y en modo alguno en generalidades, fantasías o suposiciones. Principios jurídicos obvios conducen a la aceptación de tal tipo de responsabilidad, ya que ésta, en definitiva, permite que a cada uno se le reconozca lo suyo, tal como lo disponía el ancestral principio general del derecho *sum cuique tribuere*, contenido en la Instituta y el Digesto"⁴⁸.

La responsabilidad general del Estado tiene su fundamento en el estado de derecho y es el mismo principio el que informa la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad lícita, y llenados o cumplidos los requisitos de hecho pertinentes (daños jurídicamente resarcible), no cabe duda alguna de la procedencia o admisión constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas resultantes del ejercicio de su actividad lícita, desplegada en el ámbito del derecho público⁴⁹.

En el caso específico de la actividad del Banco Central de la República Argentina, como órgano del Estado Nacional, su responsabilidad está signada por los mismos fundamentos y principios informativos

mencionados precedentemente. Así lo ha sostenido la Corte Suprema en un pronunciamiento del 19.05.92, en "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda v. Banco Central de la República Argentina", cuando dijo: "7. Que el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (Fallos 312-345; T.12.XXII, T.4.XXII, "Tejedurías Magallanes S.A. v. Administración Nacional de Aduanas", del 19/09/89, entre otros). A los cuales cabe añadir, atendiendo a la particular relación que en el caso vincula a las partes, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño. Y es precisamente en la consideración de la concurrencia de tales recaudos, particularmente los últimos, que -conforme lo hasta aquí expuesto- la sentencia impugnada satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa. 8. Que, en este último sentido, esta Corte ha sostenido que el conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y que complementa e integra la regulación de la actividad financiera que se desarrolla en el país, convierte a esta entidad autárquica en el eje del Sistema Financiero, concediendo atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a política cambiaria y crediticia, la aplicación de la ley y su reglamentación y la fiscalización de su cumplimiento. De ello se desprende el principio según el cual las relaciones jurídicas entre el Banco Central y las entidades sujetas a su fiscalización se desenvuelven en el ámbito del derecho administrativo, y esa situación particular es diversa al vínculo que liga a todos los habitantes del territorio con el Estado (Fallos 310-203 y sus citas). 9. Que, por lo demás, a los fines de una correcta decisión sobre la admisibilidad de un reclamo basado en las consecuencias que acarrió la aplicación de la Comunicación "A" 144, no se puede perder de vista que el dictado de esa disposición, al igual que el de otras que en su momento la acompañaron, encontró fundamento en la necesidad de poner un límite adecuado a la divergente evolución de los índices de ajuste de los préstamos con relación al nivel de la actividad económica y de los ingresos, lo cual, paralelamente, redundaba en un beneficio para las entidades de crédito al facilitar la recuperación de sus acreencias, afectadas con quebrantos por incobrabilidad (ver Resolución N° 218 del

Banco Central, del 30.6.83). Un propósito análogo a aquél motivó, con posterioridad, la sanción de diversas leyes destinadas también a paliar los efectos de tal situación (ver entre otras, leyes 23.082, 23.293 Y 23.318)⁵⁰.

Esta responsabilidad estatal y pública del Banco Central de la República Argentina en el ejercicio de su actividad de policía financiera, ha sido reconocida por la Corte Suprema, al sostener: "Las medidas de intervención cautelar y la liquidación de una entidad financiera pueden llegar a ser legítimas objetivamente, aún cuando la situación que las justifique haya sido provocada en realidad por la propia autoridad del Banco Central, extremo este último que dará lugar, en todo caso, a la posterior demanda de daños y perjuicios"⁵¹.

La nueva Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (Ley 24.144), al garantizar su independencia y delimitar el marco funcional, tiende a contener los desbordes del pasado reciente. Subsiste la facultad reglamentaria y el poder de dirección de las entidades financieras, en cuanto es el órgano de aplicación de la ley 21.526. Se manifiesta entonces, la necesidad de controlar al controlante, pues su conducta, aún lícita, puede resultar dañosa. El sistema de responsabilidad, que se funda en el Estado de Derecho, es el contrapeso necesario para prevenir y poner límites al avance del Ente Rector de la policía y política bancaria. A nuestro juicio, rigen los principios generales que gobiernan el deber de reparar el daño cierto injustamente sufrido, sea por las entidades financieras, sea por los particulares. Es el análisis de los presupuestos legales del caso sometido a decisión judicial, en que deberá ponderarse las peculiaridades de la actividad financiera y el interés público que persigue su regulación. Coincidimos con Alicia Puerta de Chacón, en cuanto a que el Banco Central de la República Argentina ha ejercido en el ámbito nacional, la suma del poder público, económico y financiero, con facultades de creación de normas, aplicación, interpretación y derogación de las mismas, como el juzgamiento de las conductas de los sujetos de derecho ideales, públicos y privados y personas físicas vinculadas a la actividad financiera, todo ello como si fuera los tres poderes del Estado, unificados en un solo sujeto de derecho público. La profusa normativa emanada del Ente Rector de la política bancaria, durante las últimas décadas, contenida en las denominadas comunicaciones, circulares, reglamentaciones, comunicados telefónicos, etc., unida al ejercicio de las facultades de fiscalización y control, con la instrucción y juzgamiento en sumarios en lo financiero y en lo penal cambiario, ha evidenciado un avance sobre los derechos subjetivos de

las entidades y de los que intervienen en la contratación bancaria. Este excesivo intervencionismo estatal a veces resultó dañoso y el propio Estado utilizó al Banco Central como herramienta de las políticas implementadas por el Poder Ejecutivo, olvidando la función primordial, que hoy tiene, de la custodia de la moneda y de la estabilidad monetaria y económica. Esta cosmología múltiple de un quehacer propio de las atribuciones de los tres poderes del Estado, concentrados en una entidad autárquica del Estado Nacional -artículos 1, ley 24.144- potencia la causación de daños, en la medida en que se acrecienta el poder de policía financiero y cambiario y ello nos lleva a formular los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los alcances de la potestad reglamentaria del Banco Central, antes y después de la reciente reforma legislativa?, ¿Qué posibles daños puede su gestión ocasionar?, y en tal caso, ¿Qué normas gobiernan su responsabilidad?, y ¿Difiere la situación si el damnificado es una entidad financiera o un particular?. Las respuestas están dadas en razón de un fundamento común: el respeto al Estado de Derecho determina los límites de las potestades reglamentarias, de la reparación de los daños por su actividad lícita y son aplicables tanto a las entidades financieras como a los particulares en la contratación bancaria⁵².

Notas

1. (Mario A. Bonfanti, "Contratos Bancarios", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, pág. 45).

2. (Mario A. Bonfanti, "Contratos Bancarios", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, pág. 46).

3. (Horacio A. Fargosi, "Algunas consideraciones sobre la actividad bancaria", La Ley, 02.08.89).

4. (Horacio A. Fargosi, "Algunas consideraciones sobre la actividad bancaria", La Ley, 02.08.89 Y M. E. Kabas de Martorell y Ernesto E. Martorell, La Ley, 1988-A- pág. 1037).

5. (Michel Vasseur, "La responsabilidad contractual y extracontractual de la banca en Francia", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1984, Año 17, Ed. Depalma, Bs. As., pág. 195).

6. (Primeras Jornadas de Derecho Civil. Conclusiones. Ed. Idearium, Mendoza, Argentina, 1983. Y Félix A. Trigo Represas, en "La Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras, en las "Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza", publicado en la Revista de

Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 16, octubre 1983, N° 95, pág. 740 y sgts. y del mismo autor Trigo Represas, "Responsabilidad Civil de las Entidades Bancarias y Financieras", publicado en La Ley del 22.09.83, con amplia bibliografía nacional y extranjera sobre el tema).

7. (Carlos G. Villegas, "Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria", Ed. Depalma, Bs. As., 1985, pág. 1333).

8. (Carlos Gilberto Villegas, "La Reforma Bancaria y Financiera. Ley 24.144, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 202).

9. (Eduardo A. Barreira Delfino, "Ley de Entidades Financieras. Ley 21.526 reformada por la ley 24.144, Ed. ABRA, Bs. As., 1993, pág. 177).

10. (Diario Ámbito Financiero, 27.05.94, pág. 18).

11. (Jean Bastin, "El seguro de crédito en el mundo contemporáneo", Ed. MAPFRE, S.A., Madrid, 1978. Esta importante obra analiza todos los aspectos del seguro de crédito como así también el seguro de caución y los seguros de crédito a la exportación y todos los riesgos cubiertos en el mundo comercial moderno. Se estudia también el reaseguro y las características del riesgo de crédito en reaseguro).

12. (R.L. Carter, "El reaseguro", Ed. MAPFRE S.A., Madrid, 1979, donde se analiza el reaseguro de créditos asegurados por aseguradoras originales y las distintas situaciones y modalidades del mismo. Puede verse la información publicada en Ámbito Financiero del 18.05.94, página 20 y vinculada a la fabulosa acumulación de siniestros en el mercado internacional de seguros y cómo ello afecta al Lloyd's de Londres, que ha cubierto siniestros, por grandes desastres de sumas importantísimas y que soporta pérdidas cuantiosas. Es importante destacar el seguro de crédito y su reaseguro de la deuda externa argentina y cuyos acreedores bancarios internacionales tienen cubierto este riesgo en razón de los valores "confianza" en el país).

13. (Héctor Ángel Benébaz, "Responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos". Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1983, año 16, pág. 29, Ed. Depalma, Bs. As.).

14. (René Rodiere - Jean-Luis Rives-Lange, "Droit Bancaire", Ed. Dalloz, París, 1980, pág. 462. Esta obra menciona la bibliografía francesa sobre el tema de la responsabilidad jurídica de los dadores de crédito y cita a autores como Cuignet, Ch. Gavalda, J. Stoufflet, J. Vezian, M. Vasseur, A. Zenner, Houin, M. Cabrillac, V. Derrida et Sortais, entre otros, con sus respectivos trabajos y comentarios).

15. (Mario A. Bonfanti, "Contratos Bancarios", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, pág. 50).

16. (La Ley del 21.11.80).

17. ("Eternit Argentina S.A. c. The First National Bank of Boston y Banco Internacional S.A.", publicado en "El Derecho" del 2 de agosto de 1982, fallado por la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal, Sala A, del 19.02.82).

18. (Sobre este tema son interesantes las opiniones distintas de dos especialistas prestigiosos: Salvador Dario Bergel, en "Responsabilidad Civil de la banca por los dolos causados en la concesión abusiva de créditos a los países de la región" en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, enero-junio 1991, pág. 1 y sgts. y Mario A. Bonfanti, "Contratos Bancarios", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993, pág. 69, N° 21).

19. (Ed. Depalma, Bs. As., 1978, pág. 197, nota 13 -intangibilidad del capital social-).

20. (La bibliografía nacional sobre este tema tiene importantes aportes doctrinales que pueden consultarse en las siguientes publicaciones: Atilio Aníbal Alterini, en "La responsabilidad civil del banquero dador de crédito: precisiones conceptuales", El Derecho, 23.08.89; Atilio Aníbal Alterini, en "Responsabilidad civil de la entidad financiera por cancelación del crédito otorgado al cliente", La Ley, 16.02.89; Daniel Badens y Gabriel María Astarloa, en "La responsabilidad de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo de crédito", El Derecho, 03.04.89, y donde se publica la sentencia de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, del 28.04.88, in re "Establecimiento Metalúrgico Pecú S.A. s/ quiebra c. Permanente S.A. Cía. Financiera" y donde se trató el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de prudencia e investigación patrimonial al otorgar créditos; Delia Matilde Ferreira Rubio, en "Responsabilidad civil de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo de crédito", en La Ley del 16.06.92; Néstor Alejandro Dualde, en "Evaluación de la culpa de la entidad financiera en el otorgamiento de un crédito", en La Ley del 27.01.94; especial comentario merece el trabajo de Ernesto Eduardo Martorell, titulado "¿Puede extenderse la responsabilidad o la quiebra a un banco por haberse inmiscuido en la gestión o por maniobras en la empresa fallida?", publicado en La Ley del 19.04.94 y por el cual sostiene la posibilidad de extender la responsabilidad y/o la quiebra a las entidades financieras que hayan incurrido en conductas violatorias de los arts. 166 y 165 de la ley 19.551 y cuya tesis apoyamos desde nuestro primer trabajo sobre este tema -R. D. C. O., 1983, año 16, pág. 27 y sgts. También es destacable el trabajo de Fernando Mora, titulado "La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil

situación financiera y económica", publicado en la Revista Felaban (Revista de la Federación Latinoamericana de Bancos), N° 61, setiembre de 1986, pág. 225 y sgts. y donde se pasa revista a numerosos casos de jurisprudencia extranjera sobre la responsabilidad contractual y extracontractual de los bancos y por otorgamiento abusivo de créditos).

21. (El Derecho, 25.07.90).

22. (Mario A. Bonfanti, "Una sentencia que marca retroceso", en Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera, año 2, enero-febrero 1992, N° 7, pág. 132/134 y Carlos Gilberto Villegas, en "Acreditación de valores en la cuenta corriente bancaria", publicado en La Ley del 13.08.92).

23. (Carlos Villegas, op. cit. La Ley 19.08.92).

24. (La Ley del 05.11.92. En los Considerandos de esta causa: "La Buenos Aires Cía. de Seguros c. Banco de Crédito Argentino", CNFed. Civil y Com. Sala II, diciembre 13-1991, el Tribunal pasó revista a la responsabilidad del banco por el pago de cheques enviados por correspondencia y con endoso falsificando (CNCom, Sala A, La Ley, 156, 182); pago de cheque que no correspondía a los cuadernos entregados al librador (CNFed., Sala I Civil y Comercial, La Ley, 180-480); cheque robado, depositado y cobrado a través de una cuenta corriente abierta irregularmente (CNCom., Sala B, E.D. 7, 444); tramitaciones de cheques que dieron lugar a defraudaciones (S.C.Buenos Aires, La Ley, 176-B, 82); pago de cheques adulterados en sus cifras (CNCom., Sala A, La Ley, 1954-57).

25. (Jurisprudencia Argentina N° 5834-23.6.93).

26. (La ley, 23.11.93, fallo N° 91.799 - CNCom., Sala C. febrero 11-1993, "Cierres Love S.A. c. Banco Provincia de Buenos Aires". En este fallo se hace un análisis de la incidencia causal del accionar culposo con el desenlace dañoso, como así también sobre la culpa grave en el incumplimiento a las normas del B.C.R.A. y la jurisprudencia del Tribunal sobre el tema).

27. (CNCom., Sala B, La Ley, 1981-Cpág. 615).

28. (Fallos: 239:385).

29. (Doctrina Judicial, 10.3.93, editado por La Ley, fallo N° 7157, con un excelente trabajo de comentario de Félix A. Trigo Represas, titulado "Responsabilidad civil bancaria, por errónea acreditación en cuenta corriente del importe de un cheque rechazado" y donde se pone de relieve las generalidades sobre la responsabilidad civil de los bancos, el contrato de cuenta corriente bancaria, el deber de información del banco al cliente y el problema de la certeza del daño y la pérdida de una "chance").

30. (Osvaldo R. Gómez Leo, "Reforma del régimen del cheque", Ed. Depalma, Bs. As., 1988, pág. 61).
31. (Carlos Gilberto Villegas, "El Cheque", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 353; este autor desarrolla el capítulo XIX de su obra al tema de la responsabilidad de los bancos en el servicio de cheque y trae una reseña doctrinal y jurisprudencial nacional vinculada a todos los supuestos importantes de la actividad bancaria con cheques).
32. La Ley 25.8.81 de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, Sala B).
33. (La Ley, 29.11.93).
34. (La Ley, 25.4.94, CNCom. Sala A, junio 16-992, en "Almot S.A. c. Blasco, Claudio y otro". Este fallo tiene un comentario de Luis Bartolomé Parisi, titulado: "Responsabilidad de los bancos en los casos de cheques adulterados" y donde sostiene que en el delicado sistema de funcionamiento del cheque, existen distintas responsabilidades que se derivan con relación a las personas involucradas y analiza el caso de la remisión del cheque por correo y las responsabilidades del banco y distingue la responsabilidad contractual como vinculada con los clientes y la responsabilidad extracontractual con los terceros).
35. (La Ley, 21.1.94, CNCom. Sala D, setiembre 16-993, "Banco Modelo Coop. Ltda. c. Banco Finamérica S. A. y otro").
36. (CMCom. Sala D, abril 14-989, Agopar S.A. c. Banco Comercial del Norte" La Ley, 31.10.89).
37. (CNCom. Sala E, octubre 9-990. "Texto S.A. c. Banco Comercial de Norte S.A." La Ley, 30.01.91).
38. (La Ley 25.1.94).
39. (CNCom. Sala D, octubre 23-992, "Adler Josephsohn, Gerd c. Banco de Galicia y Buenos Aires", La Ley, 25.1.94, fallo N° 91.903).
40. (Aída Kemelmajer de Carlucci, "Luces y sombras de la responsabilidad bancaria por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio de cajas de seguridad", en "Derecho Económico Actual en Homenaje al Profesor Manuel A. Laquis", Ed. Depalma, Bs. As. 1992, pág. 789,813).
41. (Ámbito Financiero, 10.06.94, y que refiere al reconocimiento del Banco Quilmes por el asalto a las cajas de seguridad de su sucursal de Avellaneda).
42. (Zavala Rodríguez, "Código de Comercio Comentado", T. III, Ed. Depalma, Bs. As., artículo 577, pág. 109/110 y J.A., T. 1953-11, pág. 256).
43. (Saúl A. Argeri, "Contrato de Depósito Comercial", La Ley, 7.3.79, con abundantes doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera y donde

sostiene refiriéndose a los títulos depositados en establecimientos bancarios, que ello trae aparejado el deber de cobrar los intereses, cupones y dividendos, como consecuencia del deber de "cuidar" los títulos, actuando como se haría en negocio propio. Nota N° 33 sobre la doctrina judicial).

44. (CNCom. Sala C, julio 13-990, "Longvie Paraná S.A. c. Banco Finamérica S.A.", La Ley, 6.11.90, fallo N° 88.986. En este caso se responsabilizó al banco depositario, toda vez que una ilícita operación habría superado los controles del banco, logrando extraer Bonos Externos, serie 82, con cupón N° 10 y subsiguientes adheridos).

45. (Primeras Jornadas de Derecho Civil. Conclusiones, Ed. Idearium, Mendoza, Argentina, 1983).

46. (Félix A. Trigo Represas, "La responsabilidad civil de las entidades financieras, en las 'Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza' ", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 95, año 16, octubre 1983, pág. 753).

47. (Mario A. Bonfanti, "Contratos Bancarios", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, pág. 61, N° 19. Este autor analiza el tema con abundante doctrina francesa y nacional y sostiene que el fundamento de la responsabilidad del banco es de naturaleza contractual y resulta por inejecución de una obligación de medio y sostiene que en nuestro derecho es de aplicación el artículo 512 del Código Civil, ya que debe actuarse con mayor diligencia para no incurrir en culpa).

48. (Miguel S. Marienhoff, en "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", publicado en La Ley del 15.11.93. En este trabajo se citan las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 16.6.93, "in re", "Cachau, Oscar José c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios"; "Discam S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios" y "Don Santiago S.C.A. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios" (por ser análogos, esos tres juicios fueron fallados conjuntamente en una misma y única sentencia), que por mayoría hizo lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños causados en ejercicio de su actividad lícita).

49. (Miguel S. Marienhoff, ob. cit., La Ley 15.11.93 y "Tratado de Derecho Administrativo", T.4, N° 1633 y 1629, donde se mencionan los principios que hacen al fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado por las consecuencias perjudiciales de su actividad lícita).

50. (Corte Suprema, 19.5.92, "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda v. Banco Central de la República Argentina" publicado

en Jurisprudencia Argentina del 04.11.92, N°5801, pág. 31 y sgts. Sobre este punto, consúltese la reseña: "Las entidades financieras en la Corte Suprema en su actual integración", J.A. 1988-1-969).

51. (C.S. setiembre 29-1988, "Balaña, Raúl J. y otro c. Banco Central de la República Argentina", en "El Derecho", 9.8.89 N° 119 del trabajo de Gustavo Alonso Abascal, titulado "Responsabilidad del Estado. (Investigación de jurisprudencia)"; resultan muy ilustrativos para establecer la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos y en relación a daños y perjuicios causados a particulares por entes públicos, los fallos de la Corte Suprema publicados en El Derecho del 7.09.89 y 24.01.90 y en La Ley del 27.09.89 y 07.02.90).

52. (Alicia Puerta de Chacón, "El poder de policía bancario y la responsabilidad del Banco Central", trabajo inédito del Curso de Doctorado que hemos dictado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y sobre el tema general, "El Sistema Financiero Argentino desde el Punto de Vista Jurídico". La responsabilidad del Banco Central por su actividad lícita, tiene la misma raíz fundamental de la responsabilidad del Estado y los daños a las entidades financieras y a los particulares, tienen matices especiales en el caso del control de cambios y los créditos documentarios internacionales, como así también sobre la intransferibilidad de divisas y las modificaciones intempestivas de los tipos de cambio y la implantación de seguro de cambio. Esta causalidad de daños ha disminuido sensiblemente con el establecimiento de la libertad cambiaria y la eliminación del control de cambios y del manejo de las divisas por el Estado, con exclusividad).