

LXIV ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

AUTOR: Dr. Eduardo Marsala
Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados
De Lomas de Zamora, "Dr. Angel M. Mazzetti".

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CODIFICACION DE LOS CONTRATOS BANCARIOS y EL CONTRATO DE DEPÓSITO EN ESPECIAL

Por: *Eduardo Marsala*

I.- El nuevo Código Civil y Comercial unificado:

El nuevo código, ha optado por el tratamiento de los diferentes contratos bancarios, sin perjuicio de ello, lo ha hecho omitiendo varios de ellos, con una normativa deficiente, ya que apenas los conceptualiza en muchos casos.

Por otro lado, incurre en contradicciones entre sus normas, lo que deviene del hecho que la codificación de dicho articulado ha recaído en diferentes doctrinarios y no se ha efectuado una coordinación adecuada de las normas redactadas.

Seguramente, estas deficiencias intentarán ser salvadas mediante las reglamentaciones del B.C.R.A con la consiguiente inseguridad jurídica que ello trae aparejadas, ya que las mismas no tienen permanencia temporal, sino que son modificadas diariamente

Sin pretender agotar el tema, algunas de tales deficiencias serian:

I.- La contradicciones y falencias:

1. La contradicción del art. 1390 con el art. 1400

En efecto el en el art. 1390 que textualmente dice: **Contrato de Depósito Bancario**, fue reulado en el Art. 1390, que textualmente dice: *“Hay deposito de dinero cuando el depositante **transfiere la propiedad** al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”.* (la negrita me pertenece).

Mientras que el art. 1400 sobre el Contrato de Cuenta Corriente Bancaria, específicamente establece: **Artículo 1400: Propiedad de los fondos:** *Excepto prueba en contrario, se presume que la propiedad de los fondos existentes en la cuenta abierta, conjunta o indistintamente, a nombre de mas de una persona pertenece a los titulares por partes iguales”.*

He aquí la primer gran contradicción, en apenas 10 artículos de diferencia establece por un lado que los depositantes transfieren la propiedad de los fondos depositados, y en el otro, establece la propiedad en los depositantes.

Nos encontramos ante una contradicción flagrante de la normativa, que debemos

La única interpretación armónica de ambos, aunque la norma no lo especifique, radicaría en establece que el art. 1390 se aplica únicamente a los depósitos no a la vista, mientras que el articulo 1400 resulta aplicable a los depósitos a la vista. Interpretación indudablemente forzada a los efectos de coordinar ambas normas.

2. La regulación del Contrato de depósito judicial:

Como ya lo expresara en una ponencia anterior, con la postura en contrario del amigo mendocino-lomense y eminente doctrinario Dr. Walter Ton, existe una grave regulación del contrato de depósito.

El actual Código Civil, en su **art. 2.189 dispone**: *Es irregular cuando:*
1º) Cuando la cosa depositada fuere dinero o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, 2º, aunque no le concediere tal uso y aunque se le prohibiere

Es así, que en este contrato, que se refiere al depósito a diferencia del contrato de depósito común, el depositante pierde la propiedad de la cosa depositada, a favor del depositario. Esta transferencia de la propiedad desvirtúa de tal forma el contrato de depósito, que no merecería recibir tal denominación, y por lo tanto, deberemos tener en cuenta que nada se asemejan las pautas de este contrato con el del depósito común (arts. 1356 y sgts.).

Si bien el contrato de depósito bancario era considerado un contrato de depósito irregular, en estos últimos no se transfería la propiedad de la cosa, sino el uso de la misma. Cabe acotar también que el nuevo código no regula el contrato de depósito irregular, a diferencia que sí lo hacía el Código de Velez Ergo:

- a) En el contrato de depósito irregular del código de Velez: se concedía el uso.
- b) En la actual regulación se transfiere la propiedad.

No es objeto de este trabajo, analizar las diferencias entre el “uso” y la “propiedad” de la cosa.

Los efectos:

2.1.1.- La moneda extranjera:

Esto nos lleva a analizar los efectos de esta transferencia de propiedad. Lo primero que presumimos, tratándose de depósitos bancarios y por lo tanto, depósitos de dinero, es que está dirigido específicamente al depósito en moneda extranjera. O sea, que el depositante de moneda extranjera pierde la propiedad de la misma y la entidad bancaria solo estará obligado a devolverla en el equivalente en moneda de curso legal. Sin

embargo, el mismo artículo establece: “...que tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie...”. Por lo cual, esta presunción parecería desechable.

Uno de los autores del nuevo código en esta temática, el Dr. Eduardo Barbier, nos dice: *En el depósito en dinero, el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien debe restituirlo en la moneda de la misma especie.* (Contratos Bancarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial por Eduardo Antonio Barbier, en Microjuris online).

Tales argumentos lo logran conmoverme en mis interrogantes respecto del tema: ¿Que pasaría si nuevamente por una ley, el Estado resuelve apropiarse de la moneda extranjera y ordenar la devolución en moneda de curso legal? ¿ Nos encontraremos frente a otra norma incumplible como fue la ley de intangibilidad de los depósitos?.

Si el depositante no es el propietario del dinero depositado, podrá reclamar por medio de los amparos?.

Me parece en ese sentido, que se está dejando una puerta abierta, para que el Estado Nacional, se apropie de la moneda extranjera en el momento que así los resuelva.

2.1.2.- La embargabilidad de los fondos depositados:

Sostengo que este es un efecto, que los autores no han alcanzado a advertir.

Si los fondos depositados dejan de ser de propiedad del depositante, entonces los acreedores de este ya no podrán embargarlos, ya que no podrán embargar propiedad ajena.

2.1.3. Que pasa con los acreedores del banco depositario?. Podrán embargar tales fondos. Si los mismos son de propiedad del banco, la respuesta

afirmativa parece indudable, ya que esos fondos pasan a formar parte del patrimonio del depositario.

2.1.4. Otro aspecto a tener en cuenta, radica en los aspectos tributarios, si los fondos depositados dejan de ser propiedad del depositante, los mismos estarán sujetos al pago de impuestos?. Seguramente la AFIP se encargará de ello, pero en forma irregular, ya que nadie debe tributar impuestos, sobre lo que no se encuentra en su patrimonio

3.- La propiedad de los fondos en la cuenta corriente:

Hasta la actualidad existía doctrina y jurisprudencia unánime, que:

- a) En las cuentas conjuntas: Los fondos era de propiedad de cada uno de los titulares por partes iguales.
- b) En las cuentas indistintas: los fondos eran indistintamente de cualquiera de los titulares.
- c) El nuevo Código, art. 1400 ya cit., dispone la propiedad de todos los titulares por partes iguales, se trate de cuentas conjuntas o indistintas.

3.1. Las consecuencias de esta modificación:

- a) Un primer análisis nos demuestra, que en las cuentas indistintas, ya no se podrá embargar la totalidad del monto de la cuenta cuando el deudor tenga co-titulares, sino solo la parte proporcional.
- b) El fallecimiento de uno de los titulares, producirá el ingreso del monto depositado en la cuenta indistinta al acervo hereditario, como sucedía hasta ahora, solo con las conjuntas-