

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".

TEMA: DERECHO BANCARIO

TITULO: EL LOBBY BANCARIO EN LAS REFORMAS.

PONENCIA: En un país, en donde se ha llegado en alguna época a hablar de la "patria financiera", el sector bancario y financiero, gracias al extraordinario lobby que realiza, continua manteniendo ventajas indebidas, como en el saldo de la cuenta corriente bancaria, sino aun acrecentando otras como en los contratos de caja de seguridad y deposito bancario.

I.- INTRODUCCION:

El Lobby es: todo grupo de presión formado por personas con capacidad para presionar sobre un gobierno o una empresa, especialmente en lo relativo a las decisiones políticas y económicas. El termino proviene de los lobbys de los hoteles, y lugares públicos, que eran los recintos en donde ejecutaban sus acciones los grupos de presión.

Resulta pues, interesante analizar como ha actuado el "lobby bancario" o sea aquel que es ejercido por los bancos y entidades financieras, en las últimas reformas, a fin de mantener y acrecentar los beneficios que históricamente han gozado.

II.- DESARROLLO:

En la unificación de los Códigos Civil y Comercial, el lobby bancario ha actuado a "full" ya sea manteniendo beneficios indebidos, ya criticados mayoritariamente por la doctrina nacional, y aun acrecentado los mismos.

El nuevo Código, ha regulado los contratos bancarios, en forma extremadamente deficiente, pero no debemos equivocarnos, detrás de muchas de esas deficiencias, nos encontramos con ventajas para las entidades bancarias y financieras.

Veremos, algunas de ellas:

1.- Contrato de Depósito Bancario:

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).

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 esta dirigido específicamente al deposito 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 articulo establece: *“...que tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie...”*. Por lo cual, esta presunción parecería desechable.

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 esta dejando una puerta abierta, para que el Estado Nacional, se apropie de la moneda extranjera en el momento que así los resuelva.

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.

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.

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

2.- El mantenimiento de un beneficio indebido para los bancos. Saldo deudor de la cuenta corriente Bancaria.

El saldo deudor de la cuenta corriente bancaria, siempre fue título ejecutivo ?.
LA RESPUESTA ES NO.

Fue con la modificación del art. 793 del Código de Comercio efectuada por el Decreto-Ley 15.354/46 -ratificado por la ley 12.962) que se estableció la vía ejecutiva para el mismo.

Ahora bien, para analizar dicha reforma, nos debemos ubicar en el ámbito temporal de la misma. En 1946 las autoridades el Gobierno nacional procedió a la "nacionalización de los depósitos bancarios (decreto-ley 11.554/46) privándose a los bancos de toda su cartera, pasando a actuar a partir de ese momento como mandatarios del B.C.R.A., y siendo la Nación la garante de sus operaciones (arts. 1 y 3 del dec. cit.).

"Así las cosas, y tal como lo interpretó Héctor ALEGRIA en un leading case de su autoría, la ejecutabilidad de los saldos de cuentas corrientes bancarias no nació con la redacción originaria del Código de Comercio, sino que -al contrario- se incorporó luego -con motivo del decreto ley 15.358/46- precisamente adoptadas como consecuencia directa de las normas del dec.

Mencionado" ... "... la ejecutibilidad de la certificación del saldo deudor de la cuenta corriente bancaria fue admitida por la especial regulación pública de las actuación de la entidades bancarias, puesto que -al considerárselas representantes del B.C.R.A. se las sometía a su control y órdenes, resultando el Estado Nacional garante de sus operaciones...". (MARTORELL, Ernesto E. En: "TRATADO DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA" T-II, pág. 242/3).

O SEA, QUE EL HECHO QUE AL SALDO DEUDOR SE LE OTORGARA LA VIA EJECUTIVA, TENIA COMO ÚNICO FUNDAMENTO LA NACIONALIZACION DE LOS DEPOSITOS BANCARIOS, Y LA GARANTIA ESTATAL. POR LO TANTO, SE TRATABA DE TITULO EJECUTIVOS EMITIDOS POR EL ESTADO NACIONAL A TRAVES DE LOS MANDATARIOS (BANCOS) DEL B.C.R.A., BAJO EL CONTRALOR DE ESTE ULTIMO.

Ahora bien, ya hace muchos años que las entidades bancarias dejaron de estar con sus depósitos nacionalizados; sin embargo el saldo deudor continuó teniendo vía ejecutiva, CUANDO YA NO HABIA RAZON ALGUNA PARA ELLO.

En consecuencia se convirtió en el UNICO TITULO EJECUTIVO EMITIDO EN FORMA UNILATERAL POR EMPRESAS PRIVADAS QUE EXISTE EN LA LEGISLACION ARGENTINA. ¿ POR QUÉ TAL BENEFICIO ?. Quizás esa sea la verdadera pregunta.

Nos hemos venido pronunciando desde hace tiempo, por una modificación del carácter de titulo ejecutivo del saldo deudor.

Podrá apreciarse que de los títulos ejecutivos en circulación, es el que requiere menor cantidad de requisitos formales para su emisión, lo cual coloca en la práctica en una situación de indefensión al deudor de la cuenta corriente bancaria.

Existen argumentos en pro y en contra de mantener el saldo deudor como titulo ejecutivo:

- a) **A favor:** La celeridad, seguridad y el abaratamiento del crédito, teniendo una vía de recupero rápida.
- b) **En contra:** Los bancos al no ser mas nacionalizados, no tienen porque contar con el privilegio de poder emitir un titulo ejecutivo.

c) **Intermedia:** En lo personal, este ponente transita por una línea intermedia, aceptando la posibilidad del mantenimiento de la ejecutabilidad del saldo deudor, pero aumentando los requisitos formales de estos.

El texto actual establece: **Artículo 793 del Cod. De Comercio:** *Las constancias de los saldos deudores en cuenta corriente bancaria, otorgadas con las firmas conjuntas del gerente y contador del banco serán consideradas títulos que traen aparejada ejecución, siguiéndose para su cobro los trámites que para el juicio ejecutivo establezcan las leyes de procedimientos del lugar donde se ejercite la acción. (Párrafo incorporado por art. 2° del [Decreto-Ley N° 15.354/46](#) B.O: 25/06/1946.)*

ARTÍCULO 1406. establece: **Ejecución de saldo.** *Producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista, si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva. El documento debe ser firmado por DOS (2) personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar:*

a) el día de cierre de la cuenta;
b) el saldo a dicha fecha;
c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista. El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título.

1. Se mantiene la ejecutabilidad del saldo.
2. Se reemplaza la firma del gerente y contador, por la de dos apoderados.
No se comprende ni justifica el cambio, y el poder debe ser otorgado por la escritura pública.
3. Se agregan 1 requisito formal, que no existía en el articulado del Código de Fondo que es la constancia de:

“el día de cierre de la cuenta”; (requisito que antes no constaba en la ley sustancial, y que surgía de la reglamentación)

y la acreditación del cumplimiento de:

“el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista”

Estos requisitos lucen indudablemente insuficientes.

El requisito de hacer constar la fecha de cierre de cuenta, soluciona algún abuso, y resulta vital para la prescripción, pero no soluciona los casos de cuentas mantenidas sin operaciones y únicamente devengando gastos por cargos de mantenimiento.

El tema de la “escritura pública”:

Un tema que ya se empieza a plantear con controversias interpretativas, es el de la “escritura pública”, que ha dado lugar a 2 interpretaciones, a saber:

a) La escritura pública se exige únicamente para la instrumentación del poder a favor de dos personas.

El fundamento de esta postura radica en la estricta redacción del articulado, que dice: *debe ser firmado por DOS (2) personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar:*

O sea, que la conforme la puntuación de la oración, no cabe duda que la escritura se exige solo para el poder y exigirla para el título, resultaría elevar el costo de la emisión de los títulos.

b) La escritura pública se exige para el título ejecutivo.

Esta interpretación parte de la base, que el artículo resultaría redundante, ya que todo poder debe ser hecho por escritura pública, y que de ser así a fin de acreditar el carácter de apoderados de los firmantes, se debería adjuntar al título ejecutivo la escritura del Poder. De esta forma, la escritura del poder, pasaría a ser parte integrante del título, y la omisión de su agregado, daría lugar a la excepción de inhabilidad de título, por lo tanto, esta doctrina entiende que el título tendría que hacerse por escritura pública y en la misma, el notario hacer constar todos los requisitos del título, y acreditando la personería de los apoderados.

3.- El Contrato de Caja de Seguridad:

ARTÍCULO 1417.- Retiro de los efectos. *Vencido el plazo o resuelto el contrato por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista, el prestador debe dar a la otra parte aviso fehaciente del vencimiento operado, con el apercibimiento de proceder, pasados treinta días del aviso, a la apertura forzada de la caja ante escribano público. En su caso, el prestador debe notificar al usuario la realización de la apertura forzada de la caja poniendo a su disposición su contenido, previo pago*

de lo adeudado, por el plazo de tres meses; vencido dicho plazo y no habiéndose presentado el usuario, puede cobrar el precio impago de los fondos hallados en la caja. En su defecto puede proceder a la venta de los efectos necesarios para cubrir lo adeudado en la forma prevista por el artículo 2229, dando aviso al usuario. El producido de la venta se aplica al pago de lo adeudado. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en este Código.

Este artículo se puede dividir en tres partes que merecerán crítica diferente por parte del suscripto:

1.- En primer lugar se establece cuando se opera el vencimiento del contrato, estableciendo 2 causales

a) Vencimiento del contrato

b) Falta de pago.

c) Nada se especifica respecto del fallecimiento del cliente bancario, por lo que se colige que la caja de seguridad y su contenido, pasaran a formar parte del acervo hereditario.

2.- Se dispone una notificación por 30 días, vencidos los cuales, se procederá a la apertura de la Caja.

a) Se comprende la norma desde el aspecto que el banco querrá liberar la caja para ser utilizada para un nuevo cliente. Sin embargo, se plantean diversas cuestiones complejas.

a.1. No se especifica que la caja se tenga que abrir ante un Notario, ni nadie imparcial. Quien constata el contenido de la Caja?. Lo estaría constatando una de las partes en forma unilateral, en evidente perjuicio de la otra, otro beneficio mas que se le da a los bancos!. La norma evidentemente desacertada, pueda dar lugar a la comisión de innumerables abusos, como los que nos tienen acostumbrados ciertas entidades financieras en la historia argentina.

Que pasa con el contenido de la Caja, sobre todo si este es realmente valioso?. Donde lo guardará el Banco?, Cesa automáticamente su deber de custodia?.

Resulta indudable que el banco deberá resguardar los elementos guardados en un lugar del banco que brinden una seguridad acorde con el valor de lo

encontrado en la Caja, sino su responsabilidad por negligencia resultará indudable.

Por supuesto, que no se puede obligar a la entidad a mantener las cajas de seguridad ocupadas si el contrato por las mismas no es abonado, pero se debería haber especificado mayores pautas de contralor y seguridad de lo allí guardado.

Y que pasa, su luego el cliente acredita que no pudo concurrir en el plazo legal por caso fortuito y fuerza mayor, como por ejemplo si esta internado?. Y si en ese lapso los efectos son hurtados?. Se planteará una situación harto compleja para su resolución.

a) Se establece que el banco podrá cobrarse el saldo adeudado de lo depositado en la caja.

b) Nos parece que esta norma resulta totalmente inaceptable y ha sido legislada únicamente a favor del banco.

c) El mismo no puede tener jamás ese derecho de retención, a falta de pago tendrá que ejecutar el saldo adeudado, como ejecuta cualquier otra deuda de un cliente, pero no puede otorgársele una prerrogativa de esta naturaleza.

4. Golpe de gracia: Remisión de los resúmenes de cuentas:

En el mes de enero de este año, el BCRA anuncio que los bancos no remitirán mas por correo los resúmenes de cuenta a los clientes bancarios, sin embargo, un mes después volvió sobre sus pasos, gracias a la protesta de un gremio (¿??) que fue el de camioneros. (<http://www.nueva-ciudad.com.ar/notas/201602/24217-el-bcra-dio-marcha-atras-con-la-aplicacion-obligatoria-del-resumen-electronico.html>).

Sin perjuicio de ello, varios bancos se quedaron con la medida original, y no esta remitiendo en la actualidad los resúmenes papel a sus clientes, los que se ven sumamente perjudicados, por tal situación, ya que carecen de la información suficiente respecto de los movimientos bancarios.

La medida adoptada en virtud de la “ficción” que estamos en un país totalmente computarizado y que los clientes pueden consultar sus resúmenes en las paginas web de los bancos.

En primer término, aun es muy bajo el nivel de informatización de la población y aun mas bajo el nivel de quienes saben operar con home banking.

Finalmente, los bancos como por ejemplo el HSBC en los resúmenes de cuenta que muestran en sus paginas, todo los gastos, impuestos, y debitos bancarios, los ponen bajo el rubro “debito automático”, con lo cual no solo se encuentra desinformando a sus clientes, sino incluso realizando una información engañosa.

No es necesario aclarar que resultan de aplicación toda la normativa de derechos del consumidor, para atacar este tipo de situaciones.

CONCLUSION: En un país, en donde se ha llegado en alguna época a hablar de la “patria financiera”, el sector bancario y financiero, gracias al extraordinario lobby que realiza, continua manteniendo ventajas indebidas, como en el saldo de la cuenta corriente bancaria, sino aun acrecentando otras como en los contratos de caja de seguridad y deposito bancario.