

**SOBRE LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR
A NUESTRA LEGISLACION POSITIVA
REGULACIONES SOBRE LOS CONTRATOS
BANCARIOS DE APERTURA DE
CREDITO Y DE DESCUENTO ***

JUAN CARLOS MALAGARRIGA

I. Nuestro Código de Comercio ha subsistido hasta el presente sin que su permanencia entorpeciera fundamentalmente la actividad económica, ni las relaciones de derecho que la misma crea, no obstante las sustanciales modificaciones que aquella sufre desde la sanción del proyecto de Acevedo y Vélez Sársfield, no sólo porque le fueron introducidas las reformas de más imperiosa necesidad sino, principalmente, por la libertad de contratación que las normas codificadas en modo alguno coartaban.

Ello ha hecho decir a la doctrina de nuestro país que la perduración del derecho comercial, como rama del derecho privado, y la vigencia de su legislación positiva, no obstante la dinámica evolución del mismo, se debe precisamente a ese predominio, en sus instituciones más fundamentales, del libre albedrío de sus contratantes para establecer las condiciones más convenientes para la eficaz contratación.

Así, ha surgido un gran número de nuevas figuras contractuales las que, si bien en muchos casos constituyen simples variaciones de los tipos de contrato consagrados en el Código, en otros resultan totalmente inadaptables a las figuras conocidas y requieren, consecuentemente, una mayor dosis de previsión en los contratantes, y un mayor esfuerzo en los juristas para el desentrañamiento de su naturaleza jurídica y la determinación de las normas supletorias aplicables.

* El presente trabajo fue enviado como ponencia al Congreso Nacional de Derecho Comercial que debía realizarse en Octubre de 1966, organizado por la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral.

II. No sólo se ha caracterizado el desarrollo de la materia jurídica comercial por la creación de nuevas formas contractuales sino que, con igual o mayor fuerza, se han desarrollado nuevos modos de contratación, esto es, nuevos medios para lograr la formalización del contrato, ya sea éste de los de tipo tradicional, o de los de nuevo cuño. Ha surgido, así, lo que se ha dado en llamar "contratación en masa" y "contratación por adhesión", instituciones que son el mero reflejo de los cambios sustanciales que en el campo del derecho privado se han producido como consecuencia de la evolución industrial y de la expansión de las grandes empresas.

Sin entrar a considerar el problema de la asimilación del derecho comercial al derecho de las empresas, es decir, prescindiendo de la polémica en torno a la conveniencia o inconveniencia de que el derecho comercial se reduzca al estudio de las relaciones jurídicas que se crean como consecuencia exclusivamente de la actividad empresarial, lo cierto es que en el campo de la contratación actual, cuantitativa y cualitativamente considerada —en cuanto al número de contratos y a la calidad económica de los mismos—, predominan aquellos en los que una de las partes impone las condiciones, y la otra las acata habiendo, así, desaparecido el tradicional elemento de libre deliberación de los términos de la convención.

Este nuevo elemento introduce, sin duda, un factor de distorsión en el libre juego de las voluntades que prevé nuestro artículo 1197 del Código Civil, en cuanto la norma obligatoria que las partes han consagrado ha sido dictada, en rigor, por sólo una de ellas. El Estado, así, se ve obligado a restablecer el equilibrio perdido, y en ocasiones ha ocurrido en auxilio de la parte débil del contrato, imponiendo normas obligatorias y estableciendo controles, no siempre, por cierto, de la efectividad deseada.

III. Dentro de este panorama de la contratación comercial moderna que brevemente hemos pretendido esbozar, se destaca con caracteres nítidos un conjunto de negocios jurídicos en los que una de las partes es un banco. Casi ninguno de ellos requiere, por su propia naturaleza, que sea un banco quien participe en la concertación del contrato pero, sin embargo, en la realidad es siempre una institución bancaria la que concurre al acto como uno de sus extremos. Así, se da en la vida económica una serie de relaciones jurídicas en las que el banco es siempre participante: contra él se libran cheques —facultad que sí le está reservada con exclusividad—, con él se concerta créditos documentados, a él se recurre para el descuento de títulos de crédito, con él se contrata cajas de seguridad, a él se le pide un adelanto en cuenta corriente.

Todo este fenómeno ha dado lugar a que los juristas hayan pensado en la posibilidad de la institucionalización de una nueva rama del derecho privado, dentro del ámbito del derecho comercial, pero con caracteres propios, que sería el derecho bancario o, mejor aún, para eliminar del mismo lo que de derecho público administrativo necesariamente posee, derecho contractual bancario, que comprendería el estudio de todos los contratos realizados con intervención de un banco.

Se ha argumentado contra quienes esto pretenden, que no existen elementos caracterizantes del contrato bancario en razón de que, quizás con la única excepción de la cuenta corriente bancaria, ninguno de los pretendidos contratos bancarios exige con carácter de necesidad la intervención de un banco. Así, se sostiene que tanto puede descontar documentos, contratar créditos documentados, alquilar una caja de seguridad, un individuo cualquiera, o una sociedad no bancaria, como puede hacerlo un banco y que, consecuentemente, hablar de derecho contractual bancario es enunciar un concepto vacío de contenido específico.

IV. No es ésta la ocasión para tomar partido en la polémica apuntada; pero, ello no obstante, no puede dejar de destacarse que, se admita o no la jerarquización científica del derecho contractual bancario, lo cierto es que existen, en la realidad económica, contratos que, cualquiera que fuera la razón por la que está ocurre, son sólo realizados por los bancos o, para ser más exactos, son efectuados, en la inmensa mayoría de los casos, con intervención de un banco.

Ello sentado, se observa que en nuestro derecho privado no aparece legislada institución alguna, fuera de la cuenta corriente bancaria, en la que una de las partes sea un banco; y tampoco se encuentra, entre la lista de los contratos nominados, la gran mayoría de los que realizan los bancos en su tráfico diario.

De la ausencia apuntada podrá quizás deducirse que la libertad de contratación ha suplido la laguna legal y que, consecuentemente, no se observa la necesidad de que el legislador estatuya normas, puesto que las que las partes convienen parecen suficientes para la determinación de sus recíprocos derechos y obligaciones. De admitir este aserto, es decir, de ser cierto que la libertad de contratación redime al legislador de su obligación de dictar normas rectoras en las distintas materias que son objeto de la contratación con los bancos, resultaría que prácticamente toda la legislación no imperativa sería innecesaria, dado que bastaría con que las partes establecieran detalladamente los términos de la convención para que resultara superabundante la legislación al respecto. No creo que esto sea así sino que, por el contrario, considero que cuando una institución ha alcanzado una

evolución suficiente dentro del campo de la contratación, debe consolidarse dicha normación en un cuerpo legal, no sólo para fijar sus términos, sin por ello coartar las posibilidades de evolución de dicha institución, sino también para dotar a los contratantes de normas que permitan cubrir las lagunas en las que pueda

V. Entendemos, entonces, que algunos de los contratos que actualmente se celebran con intervención de los bancos deben tener reconocimiento legislativo, y deben ser incorporados a nuestro derecho positivo.

Y decimos algunos, y no todos, por cuanto las modalidades peculiares de ciertos contratos bancarios determinan que éstos pudieran verse perjudicados en su dinámica por su incorporación a la legislación positiva en razón, principalmente, de su contenido de contratación típicamente internacional, como es el caso, por ejemplo, del crédito documentado. El establecimiento de normas legales respecto de este contrato podría entorpecer quizás, más que favorecer, la contratación, con lo que se habría obtenido un resultado contrario al fin perseguido por la ley, que no puede ser otro que el de evitar problemas, presentes o futuros, a los contratantes en la concertación de sus convenciones, y en el cumplimiento de las mismas.

VI. El criterio expuesto ha sido consagrado en el Código Civil Italiano de 1942, en el cual el Capítulo XVII del Libro IV, "De las obligaciones", está dedicado a los contratos bancarios, legislándose sobre depósitos, servicio de cajas fuertes, apertura de crédito, anticipo, cuenta corriente y descuento.

En análogo sentido, el Anteproyecto de Código Civil para el Paraguay, elaborado en 1964 por el doctor Luis De Gasperi ha previsto, en el Libro Segundo, "De los hechos y actos jurídicos", un título, el XL, sobre contratos bancarios, en el que, en seis capítulos, se trata sobre depósitos, servicio de cajas fuertes, apertura de crédito, anticipo, cuenta corriente y descuento, normas que se basan en gran medida en las consagradas por el Código italiano.

El Código de Comercio de Honduras y el Proyecto de Reformas al Código de Comercio Francés, por su parte, consagran igualmente capítulos dedicados a los contratos bancarios, adoptando el primero de los citados las disposiciones previstas por el Código Italiano de 1942.

VII. Entre los contratos bancarios contemplados por los códigos y proyectos mencionados se destacan, por la frecuencia de su utilización, y por la problemática que surge en torno a ellos, los de apertura de crédito y de descuento. Se observa, por otra parte, la falta de previsiones con respecto al crédito documentado,

aunque cabe destacar que se contempla un aspecto del mismo en el artículo 1530 del Código Civil Italiano, de la Sección II, "De la venta de cosas muebles", del Título III, Libro IV, donde se plantea el caso de pago contra documentos por medio de banco, norma que es reproducida en el artículo 1231 del proyecto De Gásperi.

VIII. El primero de dichos contratos, el de apertura de crédito, ha planteado problemas a la doctrina en lo que respecta a su naturaleza jurídica en razón, fundamentalmente, que no se le adecúa la atribuida al préstamo o mutuo, contrato con el que se lo ha pretendido asimilar, problema que, por sí sólo, sería suficiente como para justificar la sanción de normas legales reguladoras de la institución.

Así, se ha observado que no es asimilable al mutuo desde que éste es un contrato real mientras que la apertura de crédito queda perfeccionada con el mero acuerdo de voluntades. Dos jóvenes autores argentinos, Jorge Labanca y Julio César Noacco, conciben que apertura de crédito es "aquel contrato en virtud del cual el banco (acreditante) se obliga, hasta una cantidad determinada y durante cierto tiempo, a satisfacer las órdenes de pago que le dirija la otra parte (acreditado), y también —aunque no necesariamente— a asumir frente a terceros obligaciones dinerarias en cumplimiento de las órdenes que le imparta el acreditado; éste se compromete al pago de una comisión y a la restitución del dinero que el banco hubiera debido depositar, con más los intereses devengados desde el momento de la efectiva disposición de las sumas". Dichos autores señalan el carácter consensual del contrato, y consideran que es de prestaciones correlativas, de ejecución continuada o periódica y onerosa, y que todos los caracteres enunciados, y la estructura técnico-jurídica del contrato, lo erigen en un contrato atípico, en cuanto no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento legal.

La doctrina destaca, asimismo, que no puede ser confundido con la promesa de mutuo pues, como apuntan los autores pre-citados, entre otras diferencias, en la apertura de crédito "la entrega del dinero es 'acto solutorio' de una obligación preconstituida y no 'elemento constitutivo' de un contrato definitivo, el mutuo, hacia donde conduciría el acuerdo anteriormente formado.

Y, yendo a nuestro régimen positivo, se destaca que el Código Civil en su artículo 2344, sólo acuerda el derecho de demandar pérdidas e intereses, pero no el cumplimiento del contrato mientras que, la apertura de crédito, obliga al acordante del mismo al cumplimiento de su obligación.

Labanca y Noacco, finalmente, citando a Messineo, Garrigues, Colagrosso y Greco, descartan la posibilidad de que sea considerado un contrato preliminar, desde que éste pronuncia al definiti-

tivo, el que a su vez deberá contener los mismos elementos que aquél, mientras que en el de apertura de crédito "los actos solucorios (entrega de dinero, asunción de obligaciones) no reproducen, en nada, la estructura del acuerdo" previamente concertado.

El Código Civil Italiano de 1942 consagra 4 artículos al contrato que nos ocupa, los que han sido reproducidos textualmente por el proyecto De Gásperi, con los números 2042 a 2045.

El artículo 1842 del Código Italiano define la institución diciendo que "la apertura de crédito es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un tiempo determinado o por tiempo indeterminado" y en el artículo 1843 se refiere a la forma de utilización del crédito acordado el que, salvo convención en contrario, puede ser utilizado en varias veces, "según las formas de uso" ("usuales", dice De Gásperi), "y puede por sucesivos ingresos reintegrar su primitiva disponibilidad".

El artículo 1844 legisla sobre el juego de las garantías que pueda haber acordado el acreditado, y el 1845 a la rescisión del contrato estableciendo, siempre salvo pacto en contrario, que "el Banco no puede separarse del contrato antes del vencimiento del término, sino por justa causa" y que "la separación suspende inmediatamente la utilización del crédito, pero el Banco debe conceder un término al menos de quince días para la restitución de las sumas utilizadas y de los respectivos accesorios". En el caso de que la apertura de crédito fuera por tiempo indeterminado, el artículo prevé que "cada una de las partes puede separarse del contrato mediante preaviso en el término establecido por el contrato, por los usos o, en su defecto, en el de quince días".

IX. En cuanto al descuento, éste es, según el artículo 1858 del Código Civil Italiano (art. 2058 del proyecto De Gásperi) "el contrato por el cual el banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito contra terceros todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, de dicho crédito".

El citado Código, seguido por el proyecto De Gásperi, establece dos artículos más normando la materia, el primero de los cuales prevé el caso de que, siendo el descuento de letras de cambio o pagarés, la falta de pago otorgará al banco, "además de los derechos derivados del título", el derecho a la restitución de la suma anticipada.

El artículo siguiente, N° 1860, prescribe que "el banco que ha descontado letras documentadas tiene sobre la mercadería el mismo privilegio del mandatario mientras el título representativo esté en posesión suya".

X. La naturaleza jurídica de este contrato ha sido objeto de consideración por parte de la doctrina en razón de que no se ajusta, al igual que lo que ocurre con el de apertura de crédito, a ninguno de los contratos nominados.

Si bien parte de la doctrina extranjera se inclina a asimilarlo al mutuo, otra corriente observa que se dan notables diferencias entre ambos institutos, desde que el mutuo es un contrato real mientras que el descuento es consensual; y la obligación de restituir es esencial en el mutuo y sólo lo es accesorio en el descuento, en caso de incumplimiento del deudor cedido.

Tampoco puede asimilárselo a la cesión de créditos porque, como observan Labanca y Noacco, mientras "el cedente queda totalmente desligado del cesionario por que ha transmitido 'en pago', para aniquilar por entero su obligación", en el descuento, por el contrario, "la cesión", si bien es medio primordial de cumplimiento de su obligación, se efectúa 'pro solvendo', para el pago". Y rechazan la objeción de que en la cesión igualmente el cedente responde por la evicción porque, dicen, además de que ésta es una obligación legal, y la del descontado es contractual, el cedente del crédito "no está obligado a pagar la diferencia entre el valor nominal del crédito y el precio de la cesión (art. 1476, Código Civil) y precisamente, en el descuento, el descontado paga el exacto valor del crédito cualquiera haya sido la suma que recibió del descontante.

Y, finalmente, los autores citados destacan otra diferencia fundamental, cual es la de que en la cesión de créditos "el cedente no responde por la solvencia del tercero cedido, de suerte que si el crédito resulta incobrable por carecer de bienes el deudor, el cesionario está en la imposibilidad de recurrir contra el cedente (art. 1476)" y, en cambio, en el descuento "el descontante siempre podrá recurrir contra el cesionario y hasta el importe total del crédito que se le transmitió".

El descuento cambiario, a su vez, tampoco puede ser consensual, "el descontante no paga al descontatario el importe del Fargal en "El Derecho" del 10 de marzo de 1965), "si hubiera compraventa, el 'precio' de la cesión podría superar el valor nominal de los créditos que se transmiten, lo que jamás acontece en materia de descuento bancario" y porque, como afirma Fiorentino, "el descontante no paga al descontatario el importe del crédito 'porque desee adquirir la titularidad' sino que paga 'porque quiere lucrar' con los intereses; la razón económico-jurídica (causa) del contrato no está, entonces, en el cambio de derechos por precio, sino en el cambio entre goce de una suma por un cierto tiempo y los intereses".

XI. Lo apuntado basta para destacar, entiendo, que la estructura del contrato de descuento le confiere al mismo una entidad propia, con caracteres distintivos, que requiere una especial consideración dentro de la legislación positiva, razón por la cual considero que, junto con el de apertura de crédito, debería ser contemplado en toda reforma que se quisiera introducir a nuestro régimen legal en materia mercantil, a cuyo efecto podría tomarse como base de referencia las normas estatuidas en el Código Civil Italiano de 1942, sin perjuicio de modificarlas con las que la experiencia nacional aconseje.