

Derecho contractual bancario. Necesidad de un replanteo del estudio de los contratos bancarios (*)

POR JUAN JOSÉ ZANDRINO (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Regulación legislativa de los contratos bancarios. — III. Proceso de bancarización. — IV. La complejidad creciente de la actividad bancaria. — V. Necesidades financieras insatisfechas. — VI. Bibliografía.

Resumen: sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) se analizaron los distintos aspectos que integran tradicionalmente la materia mercantil (intermediación, sociedades, seguros, bancos, mercados de valores, etcétera). Cuando se revisó específicamente el derecho financiero se observó: a) el Código y Civil y Comercial le dedica una regulación específica a los contratos bancarios (Cap. 12, Tít., IV, Libro Tercero); b) distintas normativas produjeron una situación a la que se ha denominada “bancarización”, por la cual la mayoría de la población activa del país pasó a tener vinculación directa y diaria con los bancos; c) en las últimas décadas se produjeron alternativas económicas, sociales y tecnológicas que originaron nuevas y complejas relaciones jurídicas; d) en nuestro país existen demandas financieras insatisfechas (inversiones para proyectos y vivienda entre otras). Esas circunstancias nos llevaron al convencimiento de que el tratamiento de los contratos bancarios, tal como se realiza en la actualidad, sólo como un capítulo más de la materia Derecho Comercial no resulta suficiente para su conocimiento integral por parte de los futuros egresados. Estos temas deben ser el contenido de una materia específica.

Palabras claves: derecho - contractual - bancario

Bank's contracts law

Abstract: newly approved National Civil and Commercial Code (law 26.994) were analyzed the traditional effects over the Commerce Subject (agencies, corporations, insurance, banks, stock market, etc.). When in particular the financial law review was done was observed that: a) the Civil and Commercial Law regulate specifically the bank's contracts (Cap. 12, Tit., IV, Third Book; b) different new standards named “bankerization” had created a situation for the majority population to be active directly and daily with the banks; c) in the last decades the economic, social and technological developments gave origin to new and complex judicial relations; d) in our country there are unresolved unsatisfied financial demands (as investments for projects, housing and others). The above situation is convincing that the actual treatment of bank's contracts as one chapter of the Commercial Law is not enough for the integral knowledge of future graduates. All of the above should be covered in a new specific course.

Palabras claves: law - contracts - banking

(*) Trabajo elaborado por el autor, como Director del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y presentado al Señor Decano para fundamentar la creación de una materia específica de grado para el tratamiento de los contratos bancarios.

(**) Prof. Titular de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam. Prof. en la Especialización en Derecho Empresario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. Introducción

En la actualidad todo lo referente al estudio del derecho bancario se limita a unos pocos puntos del programa de la materia derecho comercial. Interpretamos que el tema ha alcanzado el rango suficiente como ser considerada una materia especial en el grado del plan de estudio la carrera de abogacía. Fundamos nuestra opinión en los siguientes aspectos: a) la regulación legislativa de los contratos bancarios; b) la generalización de los servicios bancarios a prácticamente toda la población activa (o bancarización); c) la complejidad creciente de la actividad bancaria; d) necesidades financieras insatisfechas en nuestro país.

II. Regulación legislativa de los contratos bancarios

II.1. Regulación anterior al Código Civil y Comercial

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) nuestra legislación no se ocupaba de la regulación de los contratos bancarios en forma orgánica. El Código Comercial en su artículo 579 hacía referencia en forma incidental a los depósitos hechos en los bancos públicos (operaciones pasivas) los que quedaban sujetos a las disposiciones de las leyes, reglamentos o estatutos de su institución. Trataba en cambio, en forma especial, el contrato de cuenta corriente bancaria a partir de su artículo 791.

Leyes especiales se referían a contratos que si bien no son exclusivos de su actividad son generalmente celebrados por los bancos en forma directa o a través de sus subsidiarias, como por ejemplo el *leasing* (ley 24.441, Título II, modificado por la ley 25.248), la emisión de las tarjetas de créditos (ley 25.065) y los fondos comunes de inversión (ley 24.083). La ley 21.526, que específicamente regula la actividad de las entidades financieras bancarias, preocupada más para la protección del sistema que la de los derechos de sus usuarios, se limita a enumerar genéricamente las operaciones que podrán realizar las instituciones bajo su control, de acuerdo a su categoría (bancos comerciales, de inversión e hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda y cajas de crédito) pero nada establece sobre los derechos y obligaciones de las partes. La regulación de los contratos bancarios destinados a la asistencia crediticia (operaciones pasivas), como los préstamos o mutuos con sus distintas modalidades (descuento de documento y apertura de crédito entre otros) quedó entonces al arbitrio de la práctica bancaria. Lo mismo ocurrió con los contratos dirigidos a la prestación de servicios de clientes (crédito documentario y factoraje) y los contingentes o de garantía (aval y fianza). Hubo correcciones jurisprudenciales a esta formación normativa consuetudinaria.

II.2. Regulación del Código Civil y Comercial

El CCiv. y Com. cambia de política legislativa y en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo 12 denominado precisamente contratos bancarios, específicamente se ocupa de esta materia. Luego de establecer los principios generales (artículo 1378) fija exigencias para asegurar la transparencia en las condiciones contractuales (artículos 1379 a 1383), da un tratamiento especial a los contratos bancarios con consumidores y usuarios (artículo 1384 y ss.) y pasa a regular algunos contratos en particular. Entre las operaciones pasivas están los llamados depósitos bancarios (artículos 1390 a 1392) y la cuenta corriente bancaria (artículo 1393 y ss.). Con relación a las activas legisla sobre el préstamo (artículo 1408), el descuento bancario (artículo 1409) y la apertura de crédito (artículo 1410 y ss.) aunque lo hace en forma muy escueta (solo cinco artículos para tres modalidades de asistencia financiera diferentes) y omite, como se verá, otras alternativas de financiamiento. Respecto a las operaciones de servicios establece normas para las cajas de seguridad (artículo 1413 y ss.) y la custodia de títulos (artículo 1418 y ss.).

III. Proceso de bancarización

III. 1. La bancarización

Consiste básicamente en que el dinero que genera la actividad productiva fluya por los bancos. En nuestro país este sistema fue impuesto en forma compulsiva para todas las operaciones transaccionales que generen flujos de fondos. La ley 25.345 del año 2000, denominada “prevención de la evasión fiscal”, en su artículo 1° establece expresamente que no surtirán efectos entre las partes ni frente a terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a pesos diez mil o su equivalente en moneda extranjera, que no fueran realizados mediante depósitos en cuentas de entidades financieras, giros o transferencias bancarias, cheques o cheques cancelatorios, tarjetas de crédito u otros procedimientos que expresamente autorice el Ejecutivo.

Quedan exceptuados los pagos efectuados a entidades financieras comprendidas en la ley 21.526 y aquellos que fueren realizados ante jueces. En su artículo 2° la ley establece que los pagos que no sean efectuados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° no serán computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios que correspondan al contribuyente o responsable aun cuando éstos acrediten la veracidad de las operaciones. Al poco tiempo el Ministerio de Trabajo, por la resolución 360 del año 2001, extiende la obligación de pagar sueldos y salarios a través de los bancos a las firmas que empleen menos de 25 trabajadores, carga que hasta esa fecha solo se exigía a las grandes y medianas empresas. En este caso se abrirían las denominadas cuentas sueldo, sin cargo para el empleador ni al trabajador a quien se le entregará una tarjeta de débito que le permitirá retirar fondos en los cajeros automáticos o efectuar pagos.

No se siguió en estos casos criterio de técnicas o prácticas financieras bancarias sino, como su propia denominación lo expresa, la primera de las normas tiene por finalidad la prevención de la evasión fiscal y la segunda eliminar el pago irregular de los salarios a los trabajadores. Si a estas personas obligadas a operar con bancos se agregan aquellas que lo hacen espontáneamente (profesionales, usuarios de tarjetas de créditos o de débito, cajas de seguridad, etcétera) cabe concluir que la mayor parte de la población activa de nuestro país se encuentra relacionada directamente con estas instituciones financieras.

III.2. La evolución tecnológica

Con respecto al fenómeno de la bancarización, se estiman necesarias dos reflexiones. La primera de ellas es que la amplitud de las operaciones generadas por los bancos por sus actividades se ha visto facilitada por la evolución tecnológica de los sistemas informáticos, que permiten no solo los movimientos de fondos en forma inmediata a través de transferencias, sino que facilita en forma sustancial la compleja actividad administrativa, contable, de control e información que las normas prudenciales de los organismos de fiscalización exigen a los bancos.

III.3. La bancarización en otros países

La segunda reflexión es hacer notar que el fenómeno de la bancarización en otros países se ha producido en forma natural, por razones de economía, y no compulsiva como en el nuestro. La causa de esta práctica bancaria se encuentra en el hecho de que el manipuleo del dinero billete o con soporte papel, que exige ser contado y trasladado, demanda tiempos prolongados y costos elevados y, en algunos casos, su uso impediría cualquier transacción importante. Es el caso, por ejemplo, del mercado de divisas que diariamente negocia más de cuatro billones de dólares. Es por eso que la representación del dinero por el soporte papel está siendo reemplazada por anotaciones en cuentas o, utilizando una terminología más actualizada, por el dinero electrónico. Este fenómeno también se advierte en el comercio minorista en los países con desarrollos económicos más adelantados en los cuales la gran mayoría de las transacciones son pagadas por medio de transferencias, cheques,

tarjetas de crédito, de débito o giros. En estos mercados los únicos que pagan con dinero de papel son los pobres y ello es así porque, al no tener créditos, no tienen acceso a esos tipos de instrumentos. Perciben sus salarios en dinero en efectivo o en cheques que deben cambiar en negocios marginales pagando tasas o servicios usurarios.

IV. La complejidad creciente de la actividad bancaria

IV. 1. Nuevas necesidades de la actividad económica

Acontecimientos importantes producidos a partir del último tercio del siglo pasado han influenciado notablemente en el derecho que regula la actividad mercantil en general y al derecho financiero en especial. A título de ejemplo mencionamos el cese de la convertibilidad (en agosto de 1971 Richard Nixon elimina el patrón oro y de inmediato los demás países lo imitan), el aumento exponencial de los precios del petróleo (en cuatro meses de 1973 se cuadruplicó de u\$s 3 a u\$s 12 el barril) y la crisis de la deuda soberana en los países en vías de desarrollo (década de 1980). Estos hechos produjeron variaciones importantes en los precios de las materias primas, tasas de interés, servicios, etcétera, con lo que se incrementaron los riesgos de toda actividad productiva y de servicios, por lo que fue necesario, como se verá en el curso de esta presentación, un tratamiento especial para solucionar estos problemas (gestión de los riesgos).

Controlada esta situación se reinició el proceso alcista del ciclo económico que demandó grandes requerimientos de fondos lo que originó nuevas modalidades bancarias de financiación (crédito sindicado y financiación de proyectos, entre otros).

Otra circunstancia que repercutió, inclusive fuera de los Estados Unidos de América, país en donde se produjo, fue la crisis de las sociedades de ahorro y préstamo (*savings and loans*) que dio origen a un nuevo procedimiento de financiación y transferencias de riesgos a través de la realización de activos (titulización o securitización). Se produjo además un importante desarrollo de nuevas tecnologías en los medios de transporte (el uso generalizado de los contenedores a partir de la década de 1960) y muy especialmente en la informática y computación que transformaron notablemente los medios de comunicación. Estos dos último elementos se constituyeron en factores claves para acentuar el proceso de la globalización. También apareció un instrumento innovador: un medio de pago electrónico o cripto-moneda denominada BITCOIN, el cual es utilizado por un número todavía no relevante de usuarios para sus pagos sin la intermediación de los bancos pero que vuelve a replantear el tema de qué es el dinero y en qué medida los particulares pueden crearlo. Finalmente, se debe destacar el papel relevante que tanto la doctrina como la legislación les ha dado a los consumidores. Ante esos nuevos requerimientos los operadores de los mercados financieros si bien ya habían dejado de ser simples depositarios de dinero, prestamistas o cambistas, se encontraron en la necesidad de ampliar sustantivamente y ajustar la oferta de servicios para satisfacer esas necesidades, tanto de las empresas como de los individuos. Como consecuencia, el sistema bancario en particular en las últimas décadas fue creciendo paulatina e inexorablemente hacia a una mayor complejidad ante la generación de esas nuevas de relaciones económicas que exigieron además la actualización de las instituciones jurídicas que las regulaban. Entre ellos, el de los activos que se transan en ellos.

IV.2. Activos que se transan en los mercados financieros

Resulta más fácil comprender el nuevo entramado del derecho financiero si accedemos a la naturaleza de los activos que se comercializan en él. Hoy se define a estos mercados como aquellos que tienen como objeto de sus transacciones los denominados activos financieros que son los créditos originados en relaciones contractuales. Se los ha definido como "activos intangibles que dan derecho a uno o más pagos futuros". Este concepto de activo financiero permite tener una visión más amplia de estos mercados (por ejemplo comprender cómo el riesgo puede ser un producto

transable) y advertir con mayor claridad cuáles son sus funciones en las economías modernas. Si bien en sustancia todos los activos que se transan en estos mercados, o sea los créditos, responden a esa estructura jurídica y económica (la de ser créditos precisamente), se observa que varios de ellos presentan ciertas particularidades que les permiten cumplir otras funciones además de la natural de vincular el ahorro con la inversión, el desarrollo y el consumo.

IV.3. Funciones económicas que satisfacen los mercados financieros

En el marco de la realidad descripta la simple observación de la actividad económica nos informa que las instituciones financieras cumplen distintas funciones: a) la atención de los medios de pago; b) la canalización del ahorro hacia la inversión del desarrollo y el consumo; c) la gestión de los riesgos; d) las transacciones de divisas y e) la prestación de servicios no financieros.

IV.3.1. Los bancos y la atención a los medios de pago

Los pagos y las cobranzas de las operaciones sobre bienes y servicios, incluidos entre estos últimos a los sueldos y salarios, se efectúan casi exclusivamente a través de las instituciones bancarias. Este hecho se produce tanto en el orden nacional como en el internacional. Se hacen a través del uso de cuentas corrientes bancarias (débitos y créditos), servicios de cheques, giros, cajas de ahorro, transferencias, compensaciones y transportes de caudales. Lo individuos utilizan las tarjetas de crédito o de débito en operaciones que también se realizan con intervención bancaria. Es lo que se denomina “banca transaccional” y es el servicio más importante que prestan los bancos en la actualidad. Se puede afirmar sin lugar a dudas que el mundo moderno no se puede imaginar sin este servicio que prestan los bancos. Si bien se ha aceptado en nuestro mercado la existencia de instituciones no bancarias que realizan el servicio de cobranza, cuando no han sido utilizados medios electrónicos, las sumas de dinero en efectivo recaudadas son depositadas en los bancos al fin del día. Se ha advertido (IV.1.) que un producto revolucionario, el BITCOIN, ha aparecido recientemente y que a través de medios informáticos se efectivizan pagos sin la intermediación de los bancos. El número de usuarios es todavía irrelevante y si bien se sugirió la conveniencia de replantear el tema de qué es el dinero, este sistema no desmerece lo que se expresó en el párrafo anterior: los bancos constituyen las bases insustituibles para gestionar los medios de pagos.

IV.3.2. Los bancos y la canalización del ahorro hacia la inversión y el consumo

La comprensión más generalizada es interpretar que los mercados financieros tienen por función natural y principal intermediar entre la oferta y la demanda de dinero. En otras palabras canalizar el ahorro hacia la inversión del desarrollo y el consumo. No es en la actualidad la única función que realizan en la actualidad los bancos ni tampoco, como se adelantó, la más importante. Si bien estos siguen siendo una fuente significativa de la financiación para empresas e individuos, existen además otros modos como los mercados de valores, las empresas financieras con recursos propios, las mesas de dinero, la financiación por parte de proveedores y clientes (créditos comerciales) e, inclusive, por los acreedores en los procesos concursales. No obstante es necesario recordar que independientemente del medio de financiación elegido el dinero siempre fluye por los bancos a través de las cuentas transaccionales aun cuando no cumpla una función estrictamente financiera. Veamos quienes intervienen en este mercado.

IV.3.2.1. La oferta de dinero

Como en todo mercado, encontramos la oferta del producto que se transan en ellos que, en este caso, es el dinero. Entre los proveedores de fondos (unidades económicas líquidas) se presentan distintas situaciones en cuanto a los montos, la extensión de los plazos y las diferentes monedas de los ofertantes. Es factible distinguir: a) los ahorristas, normalmente de disponibilidad permanente porque sus ingresos son siempre superiores a sus egresos; b) proveedores cíclicos que son empre-

sas y comerciantes cuya situación de liquidez fluctúa entre faltantes y excedentes de fondos, en plazos que varían de acuerdo precisamente al ciclo de sus negocios; c) ocasionales en los cuales la liquidez proviene de fondos originados en una operación aislada y están a la espera de una nueva colocación; d) institucionales como las empresas aseguradoras, los fondos de inversión y los bancos, entre otros; e) los especuladores cuya materia prima es el dinero y que generalmente lo único que persiguen es obtener una diferencia de precio entre lo que compran y venden o a la inversa. Todos estos proveedores de fondo pretenden seguridad, rentabilidad, liquidez y flexibilidad. Esta última exigencia es la de los inversores más sofisticados que necesitan darle a su inversión alguna función adicional a la pretensión del pago de los intereses (utilidad) y a la restitución del capital. Estos requerimientos (rentabilidad, seguridad y liquidez) en algunos casos se orientan en sentido contrario con las pretensiones de los inversores ya que, por ejemplo, una inversión muy rentable generalmente es más riesgosa.

IV.3.2.2. La demanda de dinero

En la otra faz del mercado se encuentran los tomadores de fondos, o sea la demanda (unidades económicas ilíquidas), que presentan también situaciones diferentes entre sí.

Las personas humanas tienen necesidades de fondos para satisfacer necesidades de consumo (corto plazo), de bienes de uso o consumo durable, como los artefactos del hogar (mediano plazo) y de vivienda (que se amortiza a largo plazo). Estas exigencias, además de la variación en los plazos apuntada, también precisan montos diferentes. Las empresas, los otros demandantes de fondos de estos mercados, por su parte presentan también necesidades del corto plazo para cubrir deficiencias transitorias, como de caja, de mediano plazo para la adquisición de bienes de uso y de plazos más prolongados para financiar proyectos de inversión, Los montos de estas necesidades varían también en cuanto a su importancia.

IV.3.2.3. La armonización de intereses

Lo ideal entonces es que la canalización del ahorro hacia la inversión se realice tratando de conciliar los distintos intereses en pugna de las partes intervinientes en estos mercados (proveedores y demandantes de fondos) haciéndolo con eficiencia, a bajo costo y minimizando los riesgos.

IV.4. La captación y asignación de recursos a través de los bancos. Su complejidad

IV.4.1. La interposición y los riesgos

En líneas generales, salvando circunstancias según su categoría (comercial, hipotecario o de inversión) los bancos cumplen estas funciones en la formas que se describen en los párrafos siguientes. Es imprescindible recordar que cuando se habla de captación de fondos se está significando que los bancos toman recursos financieros en forma pública de la actividad económica en general, desarrollada tanto por las empresas como por los individuos. En otras palabras, que gestionan dineros de terceros y que lo deben hacer con la prudencia y diligencia que esta condición exige. Cuando los bancos intervienen en este proceso más que intermediar se interponen literalmente entre el inversor y el tomador de los fondos, asumiendo jurídicamente ante el inversor los riesgos de contraparte (eventual incumplimiento del tomador de los fondos) y de tasas. El llamado riesgo de tasas se presenta cuando se producen variaciones en las tasas pasivas (que son las que pagan a sus inversores) y las activas (las que perciben de los tomadores) durante el lapso que transcurre entre el proceso de captación y el de asignación de recursos y los intereses se han pactado a tasa fija. Se hace referencia interposición porque el proceso captación-asignación se perfecciona con dos relaciones contractuales diferentes e independientes entre sí: a) una: inversor-banco (plazo fijo, por ejemplo), por una lado; b) la otra: banco-tomador de fondos (préstamo bancario por ejemplo). Los riesgos económicos de la operatoria considerada globalmente (tasa y contraparte) por el contrario

no son asumidos por los bancos (salvo crisis sistémicas o muy mala gestión) ya que los mismos son dispersos a través de la denominada tasa de riesgo que se agrega a las tasas activas y que son las deben pagar los tomadores de los fondos.

IV.4.2. La captación de recursos (operaciones pasivas)

Los bancos captan los fondos a través de las operaciones denominadas pasivas, llamadas así porque figuran en los pasivos de sus estados contables. El CCiv. y Com. distingue dos tipos de operaciones pasivas. A una las denomina genéricamente “depósito bancario” (libro tercero, título IV, capítulo XII, sección 2°, parágrafo 1°). En este parágrafo legisla sobre depósito a la vista de dinero (artículo 1391) en un modo que parece indicar que hace referencia a lo que actualmente se denomina “caja de ahorro”, teniendo en cuenta que en forma separada regula la cuenta corriente bancaria (parágrafo 2°) y lo expresado en su artículo anterior (retiro de los fondos a simple requerimiento del depositante). Seguidamente (artículo 1392), hace mención al “depósito a plazo”, una denominación que no corresponde con la naturaleza real del contrato, ya que el banco no recibe los fondos para su guarda y custodia sino para usarlo (prestarlos) y no solo tiene la obligación (y el derecho) de reintegrar los fondos al inversor al vencimiento del plazo pactado, sino que además debe pagarle la remuneración convenida (intereses), estructura ésta que refleja más un mutuo oneroso (artículos 1525 y 1527 CCiv. y Com.) que un depósito (artículos 1356 y 1357 CCiv. y Com.).

La denominación de “depósito” es una rémora de la banca primitiva medieval, confundida en sus funciones con la de los orfebres que recibían oro y plata amonedados para su guarda y conservación y que por ello cobraban una comisión (contrato de depósito). La otra forma de captar los fondos prevista por el CCiv. y Com. es la cuenta corriente bancaria (artículo 1393 y ss. CCiv. y Com.), aunque esta interpretación no surge expresamente de las normas citadas pero es una práctica bancaria generalmente aceptada por la cual los depósitos en cuenta corriente son remuneradas por los bancos cuando representan sumas importantes. Cabe apuntar que el BCRA limita en algunos casos las disponibilidades de los fondos captados por las cuentas corrientes los que no pueden ser prestados en esos casos. Los bancos captan fondos también utilizando instrumentos del mercado de valores (ley 26.831) cuando lo hace emitiendo obligaciones negociables (ley 23.576).

IV.4.2.1. Los encajes

El mecanismo bancario denominado encaje merece un párrafo especial. Explica que no es factible que los montos recibidos por las operaciones pasivas sean prestados en su totalidad, ya que los bancos deben mantener un porcentaje de las sumas captadas para cubrir sus propias necesidades de liquidez (encaje técnico), porcentaje que es determinado por sus cálculos estadísticos. En algunas oportunidades el mismo es fijado por el BCRA cuando utiliza este procedimiento como una herramienta para regular el crédito y la moneda (artículo 4, inc. b, ley 24.441) y se lo denomina encaje legal. El costo de estos encajes (se pagan tasas pasivas por fondos que no se pueden prestar) encarecen los servicios bancarios y se traslada a las tasas activas que son, como se dijo, las que pagan los tomadores de fondos.

IV.4.3. Operaciones activas o asignación de recursos

La otra faz de la función de este sistema, o sea la que vincula a los bancos con los tomadores de fondos, se formaliza a través de las operaciones denominadas activas (figuran en los activos de los balances de los bancos). Técnicamente son mutuos onerosos aunque el CCiv. y Com. prefiere denominarlo “préstamos bancarios” (parágrafo 3°). Legisla sólo el préstamo común (artículo 1408), el descuento bancario (artículo 1409) y la apertura de crédito (parágrafo 4°, artículo 1410 y ss.). Además de estas formas directas de financiación el banco opera con las operaciones llamadas “contingentes” que tienen generalmente como función facilitar la obtención de créditos de sus clientes con relación a terceros (avales, fianzas, aceptaciones de facturas o letras, etcétera.) previstas en la

ley entidades financieras (artículo 24, inc. e, de la ley 21.526) pero no en el CCiv. y Com. específicamente como contratos bancarios.

IV.4.4. Efecto importante de la intervención bancaria. El arbitraje en los plazos

Una función de los bancos que ha sido poco destacada es la que se refiere al arbitraje en los plazos. Teniendo en cuenta las diferencias de plazos que se presentan entre la oferta y la demanda de dinero debe anotarse que también es función del sistema financiero arbitrar en los plazos o sea transformar las colocaciones bancarias (que normalmente son de corto plazo) en asistencias financieras a mediano y largo plazo.

IV.5. Los distintos sistemas de organización de los bancos

Bajo esas condiciones se advierte que los bancos satisfacen las necesidades financieras de las personas (consumo, bienes de uso y vivienda) y de empresas (caja, bienes de uso y proyectos). Lo hacen tanto en el corto como en el mediano y largo plazo, por montos de distintas dimensiones, sean en moneda nacional o en divisas extranjeras.

IV.5.1. Banca especializada y banca múltiple

En razón de esta variación de servicios, algunos sistemas bancarios se organizan bajo la forma denominada “banca especializada” para servir a esos distintos sectores en forma diferenciada. Distinguen, por ejemplo: a) los bancos comerciales (banca transaccional), que atienden las necesidades financieras del corto plazo tanto a las empresas como a las personas; b) los bancos hipotecarios, que financian la construcción y comercialización de inmuebles; c) los bancos de inversión, que asisten a las empresas en sus proyectos de mediano y largo plazo. Este sistema fue adoptado en Estados Unidos luego de la crisis del año 1929 a través de la ley denominada “Glass-Steegal” como un remedio para mitigar los riesgos sistémicos. Esta metodología no dio resultados durante el colapso del año 2008 (crisis de los créditos *subprime*) y se regresó al sistema de banca universal o banca múltiple. En este sistema de “banca múltiple”, adoptado por otras legislaciones, los bancos pueden encargarse de la asistencia financiera y de la prestación de servicios a todos los sectores y necesidades.

IV.5.2. La organización de la banca en nuestro país

En nuestro país se ha optado por criterio de banca especializada en la ley 21.526, aunque en la práctica el sistema se haya encaminado progresivamente hacia la opción de la banca múltiple o universal sobre la base de los denominados bancos comerciales, los que pueden realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no le sean prohibidas (artículo 21 de la ley 21.526). Los bancos de inversión (artículo 22 de la ley 21.526) e hipotecarios (artículo 23 de la ley 21.526) han perdido presencia en nuestro mercado financiero. Lo mismo puede afirmarse de otras instituciones previstas por la ley destinadas a atender al sector minorista (compañías financieras, artículo 24 de la ley 21.526), a la financiación de la comercialización de viviendas (artículo 25 de la ley 21.526) y a la asistencia de los sectores de menores recursos (cajas de crédito, artículo 26 de la ley 21.526).

IV.6. Controles de los bancos. Los bancos centrales

Ya se ha destacado la importancia vital que tienen los bancos para la marcha de la economía. Por ello y para evitar las llamadas crisis sistémicas es que los Estados nacionales tienen un estricto control sobre los mismos. En nuestro país las leyes 21.526 (de Entidades Financieras) y 24.144 (Carta Orgánica del BCRA) fijan la reglas regulatorias a las que están sometidas los bancos comprendidos en el sistema. Esas normas, aunque no se lo diga expresamente, tienen como finalidad la protección del sistema bancario más que la de los derechos que puedan tener aquellos que estén vinculados

con los bancos (colocadores y tomadores de fondos y proveedores de bienes o servicios). Esto se corrobora con el simple análisis del régimen que prevé el artículo 35 bis de la ley 21.526 para controlar las crisis bancarias y la escasa cobertura que presta SEDESA con relación a las sumas depositadas en cuentas corrientes o invertidas en plazos fijos en los bancos. El control del riesgo sistémico se realiza a través de una metodología denominada CAMEL, en la cual C es *Capital*, A: *Asset*; M: *Management*, E: *Earning* y L: *Liquity*. El BCRA se preocupa, entonces, de que las entidades bajo su control tengan el capital necesario de acuerdo a la magnitud de asistencia financiera que prestan, que sus activos sean realmente valiosos, que el nivel de gerenciamiento sea especialmente capacitado y profesional, que obtengan rentabilidad suficiente y se mantengan razonablemente líquidas como para responder a los requerimientos de sus inversores en punto a extracciones de dinero.

El BCRA dicta las denominadas normas prudenciales referidas al régimen de capitales mínimos y a su forma de integración, a los requisitos de liquidez, al fraccionamiento y graduación de los créditos, a la clasificación de los deudores y su provisionamiento y garantías y las limitaciones en las operaciones con clientes vinculados. La supervisión se realiza a través de un sistema de monitoreo que se ejecuta mediante controles realizados por auditores externos, un proceso continuo de inspecciones, un régimen permanente de información (mensuales, trimestrales y anuales) y una calificación realizada por entidades especializadas habilitadas por el propio BCRA. Para iniciar sus actividades, fusionarse, transferirse y/o abrir sucursales, los bancos deberán contar con autorización previa del BCRA. Este tiene intervención directa en el proceso de crisis de los bancos, exigiéndoles planes de encuadramiento, designando veedores o interventores, ordenando la transferencias de activos y pasivos, revocando la autorización para funcionar y solicitando su liquidación judicial (artículo 35 bis de la ley 21.526).

IV.7. Los bancos y los mercados de valores

El mercado de valores es el otro sistema que satisface la necesidad de canalizar el ahorro hacia la inversión. En nuestro país aparecen dos modelos de mercados. El del “Mercado Abierto Electrónico S.A.” cuyos principales accionistas son bancos e intervienen simplemente como compradores y vendedores de valores negociables (la utilidad surge de la diferencia de precio entre la compra y la venta del producto de que se trate), y el del “Bolsas y Mercados Argentinos S.A.” que opera mediante la intervención de agentes que actúan como comisionistas (que perciben como remuneración un porcentaje del precio). Sus instrumentos son utilizados como herramienta casi exclusiva por los bancos de inversión e hipotecarios y en menor medida por los comerciales, para la captación de fondos. El mercado de valores está regulado principalmente por la ley 26.831, mal llamada “ley de mercado de capitales”.

Esta denominación peca por defecto, ya que en ellos no se transan solo acciones (que son los instrumentos que representan el capital de las sociedades anónimas) sino valores representativos de empréstitos como las obligaciones negociables (ley 23.576) o bonos y certificados de participación y títulos de deuda por fideicomisos financieros (artículos 1693 y 1694 del CCiv. y Com.). Estos mercados se desarrollaron básicamente para financiar a las empresas en sus proyectos de inversión o para la reestructuración de sus pasivos, en operaciones a mediano y largos plazos. Sus funciones económicas se concretan mediante las transacciones de activos denominados valores negociables (que son créditos también). Aquí el sistema difiere sustancialmente con la financiación bancaria ya que por el mismo se establece una relación directa entre el inversor y el tomador de los fondos. El inversor entrega los fondos directamente a la empresa tomadora y ésta, como contraprestación, le reconoce la condición de socio en el caso de que haya emitido acciones (ley 19.550), la de acreedor si se trata de obligaciones negociables (ley 23.576) o la de beneficiario en el de los fideicomisos financieros (artículo 1690 CCiv. y Com.). Como se advierte entre ambas partes de la relación no existe interposición de ninguna institución, razón por la cual el inversor asume la totalidad de los riesgos. Al no intervenir los bancos se eliminan los costos que ocasionan los mismos, razón por la cual el inversor debería obtener una tasa más elevada que en una imposición bancaria y, paralelamente, el tomador pagar una tasa menor que la de un crédito bancario.

El proceso de emisión de acciones o de obligaciones negociables es bastante complejo ya que, a diferencias de las pautas regulatorias de los sistemas bancarios, las normas universalmente admitidas tratan de proteger al inversor, teniendo en cuenta que este asume, como dijo, la totalidad de los riesgos. La emisión debe ser resuelta por el órgano de deliberación y gobierno de las sociedades emisoras que desean captar fondos y su directorio se encarga de la faz operativa con intervención del síndico y auditores, previa la colaboración de un organizador. Se debe redactar un documento especial denominado prospecto de emisión cuya finalidad es precisamente advertir posibles riesgos a eventuales inversores. En el mismo sentido intervienen las calificadoras de riesgos.

Cumplido todos estos pasos la emisión es autorizada por la CNV. En el último tramo, que es colocar los valores en los mercados, los bancos intervienen a través del contrato de suscripción (*underwriting*) mediante el cual adquiere total o parcialmente los valores emitidos y los dispersan entre sus clientes o en el mercado secundario.

Los bancos, además de captar fondos a título de capital o de deuda través de la emisión de acciones o de obligaciones negociables, operan también para sus clientes en el mercado secundario de valores a través de sociedades subsidiarias.

IV.8. Los bancos y el mercado de divisas

Cuando se hace referencia al mercado de divisas se apunta a la compra y venta de monedas y billetes extranjeros, oro amonedado, cheques de viajeros, transferencias y operaciones análogas en divisas extranjeras (artículo 1 de la ley 18.924). Satisface las necesidades de las empresas que comercian en los mercados internacionales y, en menor medida, las de las personas que se trasladan al exterior (empresarios, funcionarios, turistas, etcétera). Los importadores necesitan comprar divisas extranjeras para poder pagar los bienes que adquieren y los exportadores, por su parte, necesitan vender las divisas extranjeras obtenidas por sus operaciones en el exterior para hacerse de la moneda local para cumplir con sus compromisos asumidos en su país de origen. También se usa para atender las apetencias de la especulación. Esta actividad es desarrollada en nuestro país por las entidades financieras autorizadas a operar en cambios que son los bancos de inversión y los bancos comerciales (artículos 22, inciso i, y 21 de la ley 21.526). Lo hacen también empresas especializadas como las casas, las agencias y las oficinas de cambio, las que para intervenir en la operatoria deben contar con la previa autorización del BCRA, conforme lo determina la mencionada ley 18.924. Su funcionamiento está bajo el control permanente de esa autoridad. El de divisas es el más activo de los mercados financieros y el que genera más volumen y su operatoria es posible, como ya se dijo, por el uso de las transferencias bancarias.

IV.9. Los bancos y la gestión de los riesgos

IV.9.1. El riesgo como un producto transable

Se hace referencia especial aquí a los llamados riesgos de mercado y que consisten, básicamente, en las variaciones de los precios de los insumos involucrados en una actividad empresaria determinada (materia prima, divisas, tasas de intereses, mano de obra, entre otros). La necesidad de la cobertura de estos riesgos cobró importancia a partir de la crisis del petróleo (ver IV). La solución encontrada fue la creación de una nueva modalidad de activos financieros, denominados productos derivados. La práctica mercantil fue la creadora y diseñadora de estos nuevos activos financieros y lo hizo sobre la base de las operaciones a término (contratos de *forwards*, futuros y opciones) o del intercambio de obligaciones (canjes o *swaps*). Desde el punto de vista práctico consiste en considerar al riesgo como un producto transable. Aparecen así los mercados de los riesgos en donde, en principio, intervienen aquellos empresarios que pretenden cubrirse de la volatilidad (subas o bajas) de los productos relacionados con sus actividades. Recordemos que los contratos a término

son aquellos en los cuales se presentan dos momentos: a) la concertación, en el cual se pactan el producto, la cantidad, el precio y el plazo de cumplimiento; b) la liquidación que se produce cuando, vencido el plazo, se deben cumplir con las prestaciones acordadas: el vendedor entregar producto y el comprador pagar el precio.

En los contratos derivados la liquidación se concreta normalmente pagando solo la diferencia de precios del producto existente entre el momento de la concertación y la liquidación, obligación que asume el que perdió en la previsión del riesgo. Estos contratos ya eran conocidos desde mediados del siglo XIX para la protección de los productores agrícolas pero su uso se generalizó, como se dijo, a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Inicialmente tenían como objeto la cobertura de los productos primarios (*commodities*) pero luego la práctica lo extendió hacia los activos financieros, especialmente hacia las tasas de interés y las divisas.

En nuestro sistema no tienen regulación legislativa específica si bien el artículo 1429 del CCiv. y Com., cuando hace referencia a los contratos celebrados en bolsas o mercados de comercio, explícitamente los permite al hacer mención a las normas que pueden prever la liquidación del contrato por (pago de) diferencia (de precio entre los momentos de la concertación y liquidación) y además “regular las operaciones y contratos derivados”. El artículo 1° de la ley 24.083 ya autorizaba su negociación a los fondos comunes de inversión. Su regulación la hace la CNV meticulosamente a través de sus normas. Cabe advertir que si bien inicialmente son instrumentos de gestión de riesgos empresarios, como no es necesario el cumplimiento por la entrega del precio y la del producto subyacente, intervienen activamente en estos mercados los especuladores que, independientemente de cumplir la función al darle liquidez a estos mercados, una excesiva participación puede crear distorsiones en los precios.

Como se puede advertir, el riesgo se ha transformado en un producto financiero transable y son operados por instituciones altamente especializadas controladas por la CNV, siendo en nuestro país las más importantes la Bolsa de Comercio de Rosario (BCR) a través de su Mercado a Término (Rofex) y el Mercado de Cereales a Término de Buenos Aires (Matba). El *swaps* también es un instrumento de gestión de los riesgos, especialmente los de divisas, pero tienen naturaleza jurídica diferente. Los *forwards*, futuros y opciones son todas modalidades de compraventas a término mientras que en el *swaps*, si bien las obligaciones de las partes tienen también como punto de partida las diferencias de precios de un producto determinado (tasa de interés o moneda preferentemente) entre el momento de la concertación y el de la liquidación, su base es el canje o permuta de obligaciones (financieras en estos casos). Los bancos operan en esos mercados de manera indirecta a través de las empresas administradoras de los fondos comunes de inversión (artículos 1 y 3 de la ley 24.083).

IV.10. Los bancos en la prestación de servicios no estrictamente financieros (gestión de clientes)

Las instituciones que intervienen en los mercados financieros como los bancos, por ejemplo, han debido constituir importantes y eficientes organizaciones operativas para satisfacer las necesidades financieras de sus clientes. Esas mismas estructuras, en algunos casos en combinación con la fuerte confianza que normalmente despiertan, les permiten cumplir otras funciones para las empresas y que no son estrictamente de naturaleza financiera, aparte de la tarea básica de proveer los medios de pagos.

IV.10.1. La función de los bancos en el comercio internacional

Los problemas de las transacciones internacionales se relacionan con los temores que cada uno de los contratantes tiene con relación al cumplimiento por la otra parte de los compromisos asumidos y las cuestiones que pueden generarse especialmente los de la legislación y jurisdicción aplicables y riesgos (de cambio, de país, entre otros).

La intervención de los bancos con la compleja figura del crédito documentario aseguran a sus clientes las obtenciones de las prestaciones perseguidas: al vendedor la percepción del precio y al comprador la entrega de la mercadería. A diferencia de otras legislaciones nacionales este contrato no está regulado en el CCiv. y Com. En su estructura se puede advertir la presencia de por lo menos tres elementos personales y que son el importador (ordenante), el exportador (beneficiario) y un banco (emisor de la carta de crédito) los que están vinculados por relaciones contractuales diferentes; a) entre importador y exportador una compraventa internacional; b) entre el importador y el banco un mandato por el cual el primero ordena al segundo que le abra un crédito el exportador y que le pague el precio acordado contra la entrega de los documentos mencionados en las instrucciones (en el menor de los casos carta de porte, factura y póliza, que acreditan el embarque, la compraventa y el aseguramiento de los bienes objeto de la compraventa); c) entre el banco y el exportador una modalidad de la apertura de crédito instrumentado en un documento especial denominado carta de crédito. El importador adelanta los fondos al banco, quien paga el exportador contra la entrega de los documentos los que son transferidos al ordenante cerrando así la operación. El importador con la carta de porte podrá disponer de la mercadería objeto de la compraventa y, eventualmente, con la póliza de seguro percibir la indemnización en caso de que se produzca el siniestro cubierto por el contrato.

IV.10.2. Factoraje

Otro contrato referido a la atención del cliente es el caso de factoraje que está previsto por el CCiv. y Com. a partir del artículo 1421 (mismo Libro y Título pero Capítulo 13) o sea fuera de la regulación específica de los contratos bancarios. Lo mismo que ocurre con el contrato de *leasing*, no se lo caracteriza con la aptitud subjetiva de algunas de sus partes. Este contrato es de utilidad para aquellas empresas que tienen como política comercial la venta otorgando plazos. Una cartera de esas características puede plantear problemas para las empresas comerciales y que son, básicamente, los altos costos administrativos (contabilización, gestión de cobranza, etcétera) y eventualmente la inmovilización o pérdida de liquidez. En estos supuestos los bancos adquieren esos créditos asumiendo o no los riesgos de incobrabilidad.

IV.11. Los bancos en el mercado de la locación

La locación reemplaza en algunos casos a la compraventa y constituye una forma de financiación de los bienes de uso. Tanto las empresas como los individuos necesitan cotidianamente distintos tipos de bienes de uso, sean muebles o inmuebles, tangibles o intangibles (viviendas, oficinas, locales comerciales, rodados, aeronaves, equipos de computación, sistemas informáticos, etcétera).

En la hipótesis de que no lo tengan y carezcan de dinero para adquirirlos o, de tenerlo, les convenga darle otros destinos, existen a su alcance otras alternativas para conseguirlos. Una de ellas es obtenerlo a través de la locación. En esta última circunstancia, el mercado actualmente le ofrece dos opciones: a) simplemente alquilarlo (un contrato de locación común); b) alquilarlo pero reservándose el derecho a adquirirlo (contrato de *leasing* o locación financiera). Ambas alternativas también forman parte del mercado financiero porque satisfacen necesidades económicas similares y además, cuando alcanzan volúmenes importantes, pueden tener incidencia sobre la demanda de dinero y, por ende, sobre las tasas de interés.

En punto al *leasing*, esta modalidad contractual ha sido producto también de la práctica comercial. En una economía recesiva, los fabricantes de bienes de uso se encontraron con dificultades para colocarlos en los mercados mediante la venta. Decidieron, por lo tanto, ofrecerlos en locación y ante cierta reticencia de los consumidores (por razones culturales el hombre común cree que el precio de la locación significa una pérdida) agregaron a la oferta una opción de compra, transformando a este contrato en un producto financiero a través de su precio denominado canon.

Por las ventajas que presenta frente a otras modalidades (financia la totalidad del precio del bien, no es endeudamiento y no disminuye la liquidez por lo que no afecta el balance, es un remedio eficaz frente a la rápida obsolescencia de ciertos productos, especialmente los tecnológicos, entre otras ventajas) su evolución en los países financieramente más desarrollados ha crecido de manera exponencial y en la actualidad permite la financiación de una gran cantidad de activos tanto físicos (medios de transporte, viviendas, etcétera) como intangibles (sistemas informáticos, programas de computación entre otros). Las relaciones que genera este contrato es de gran variedad y riqueza, partiendo del hecho de que el dador conserva la propiedad y el tomador la tenencia, plantea cuestiones relativas a la contabilización, al financiamiento (tanto para el dador en la determinación del canon como para el tomador ante otras alternativas financieras), a aspectos impositivos y a las relaciones con terceros.

El CCiv. y Com. legisla este contrato a partir del artículo 1277 en términos parecidos al de la ley 25.248 que a su vez reemplazó a la ley 24.441 que trataba de la financiación de la vivienda y de la construcción. Se lo ubicó en esta norma en razón de que el *leasing* financia a la totalidad del precio a diferencia de otras modalidades financieras, como de los créditos bancarios por ejemplo que sólo lo hacen un porcentaje del valor del inmueble. Si bien esta modalidad no se ha desarrollado en nuestro país como en otros mercados, los bancos operan en forma directa o a través de sociedades controladas en la modalidad "*leasing* financiero" mientras que las empresas productoras o comercializadoras de bienes lo hacen mediante el denominado "*leasing* operativo".

IV.12. Los bancos y las financiaciones estructuradas

Se denomina financiación estructurada a los procesos por los cuales las empresas o los individuos separan parte de activos de sus patrimonios para la realización de ciertos emprendimientos o financiamientos, limitando su responsabilidad tan sólo hasta esos activos segregados. Significa, de alguna manera, la creación de patrimonios autónomos independientes y separados de quienes los originaron y de quienes los administran. Son aplicaciones más sofisticadas del concepto económico y jurídico que originó el nacimiento de las sociedades anónimas. Hoy sirven para explicar nuevas alternativas de financiamiento, inversión y gestión.

Es ejemplo de este instrumento financiero el proceso de titulización (*securitization* en la nomenclatura internacional) por el cual algunas empresas segregan de su patrimonio parte de sus activos (generalmente créditos) para garantizar con ellos la emisión de valores negociables representativos de deuda, recibiendo a cambio los fondos recaudados por esa emisión. Su origen fue el proceso de liquidación de las entidades de ahorro y préstamo en Estados Unidos (*savings and loans*) en la década de 1970. Como los que se afectan son generalmente crédito, se dice que ésta es una forma sofisticada de factoraje. Es una modalidad es muy utilizada en nuestra economía por empresas, principalmente comercializadoras de electrodomésticos, que tienen como política comercial la venta mediante el otorgamiento de créditos. También fue legislada originariamente para financiar el acceso a la vivienda (ley 24.441). Esta ley adoptó como metodología para su instrumentación un sistema basado en el fideicomiso, apartándose de los modelos internacionales que lo hacen sobre la base de la creación de sociedades especiales a las que se denomina "sociedades vehículos". El CCiv. y Com. siguió la metodología de la ley 24.441 y bajo la denominación de "fideicomiso financiero" lo regula a partir del artículo 1690, según el cual los bancos pueden actuar, y de hecho lo hacen activamente, como fiduciarios en estos en estos casos.

También puede mencionarse dentro de esta categoría al modo de financiamiento denominado "financiación de proyectos", que tiene la particularidad de facilitar la asistencia a empresas que, si bien no presentan un riesgo crediticio adecuado a juicio de los bancos prestamistas y por lo tanto tienen vedado el acceso al crédito, el proyecto que proponen, una vez ejecutado, puede generar flujos de fondos suficientes como para cubrir los costos operativos, generar reservas, pagar intereses del crédito y su amortización y, finalmente dar utilidades para los promotores. No tiene regulación específica en nuestra legislación y, en la práctica, la segregación de activos se realiza a través de la

creación de una sociedad anónima especial (artículo 163 y ss. ley 19.550) creada por los promotores (que también financian parcialmente el proyecto a título de acreedores subordinados además de accionistas). Esta sociedad especialmente creada es la receptora de la asistencia crediticia por parte de las entidades financieras, que lo hacen a través del contrato apertura de crédito (artículo 1410 y ss. del CCiv. y Com.) y la ejecutora del proyecto propuesto por los promotores. Los bancos actúan, entonces, como prestamistas de las sociedades vehículos.

Esta modalidad se observa además en los fondos comunes de inversión, regulados por la ley 24.083 y cuya naturaleza jurídica es la de ser un patrimonio indiviso administrado por una sociedad gestora en beneficio de los inversores llamados cuotapartistas.

IV.13. La financiación de grandes proyectos

La financiación de grandes proyectos y la agrupación de los bancos a través de la sindicación de créditos. Es otra forma de financiamiento que se origina cuando la asistencia crediticia es de tal magnitud que las empresas, que deciden optar por el financiamiento bancario, se encuentran frente al hecho de que los bancos carecen de capacidad prestable suficiente o, si la tienen, no quieren o, por exigencias de los bancos centrales, no pueden asumir semejantes riesgos. Las necesidades prácticas y para no perder negocios, han impulsado a los bancos a agruparse en contratos asociativos de colaboración financiera que no constituyen sociedades y en forma conjunta, a través de un banco agente, financian a las empresas necesitadas de fondos por montos muy importantes. A diferencia de otras legislaciones en la región, tampoco tiene regulación específica pero sus sustentos legales los encontramos en las normas relativas a los contratos asociativos (artículo 1442 y ss. del CCiv. y Com.) y en las de apertura de crédito (artículo 1410 y ss. del CCiv. y Com.).

IV.14. Modos especiales de garantías

Se han desarrollado nuevas formas de garantías.

a) En algunos casos para la protección de los inversores en el mercado de valores, cuando se emiten obligaciones negociables (que son títulos de deuda) con respaldo de ciertos activos. En estas emisiones se emiten dos tipos de obligaciones negociables; las seniors que suscriben e integran el inversor o público en general, que tienen privilegio para el cobro de los intereses y la amortización del capital, y las subordinadas, suscriptas generalmente por sectores vinculados con el emisor, que percibirán sus acreencias una vez satisfechas las de los titulares de las seniors. En nuestro país este sistema se aplica comúnmente cuando se emiten valores fiduciarios en los fideicomisos financieros (artículo 1690 y ss. del CCiv. y Com.) por aplicación del artículo 2575 del CCiv. y Com. y se los denomina créditos subordinados.

b) Otra forma de garantía, en este caso para la protección de los adquirentes de sociedades de los pasivos no registrados en los estados contables, es el acuerdo de custodia (*escrow agreement*). Consiste en la retención de una parte del precio de la compraventa el que es entregado a un tercero para su administración por un plazo determinado. El tercero paga los pasivos que vayan apareciendo y si cumplido el plazo de la garantía hay un sobrante, este es entregado al vendedor. Generalmente los terceros designados para la custodia y gestión de los activos reservados en garantía, cuando se trata de montos importantes, son los bancos.

c) Cabe señalar también la garantía denominada “prenda negativa” (*negative pledge*) y es la exigencia de los bancos ante la sociedad deudora para que no otorgue ningún tipo de garantía a otro acreedor, bancario o no bancario. Es para asegurar la igualdad de todos los acreedores o, en otras palabras, la regla *pari passu*.

IV.15. Los bancos y las tarjetas de crédito

Las tarjetas de créditos tienen la importante función de financiar el consumo, además de la de ser un medio de pago. Este instrumento de gran popularidad en la actualidad y se incorporó al mer-

cado recién a mediados de la década del cincuenta del siglo pasado. La primera tarjeta de crédito fue la llamada Diners Club (Club de los Cenadores). Su origen fue el fruto de una exitosa mezcla de dos instrumentos que ampliamente utilizados en el país de origen: uno fue la tarjeta de afinidad, que eran distribuidas por empresas hoteleras y petroleras entre su clientela para su fidelización y que permitía a su titular primero usar los servicios que las mismas prestaban postergando el pago para fechas posteriores, pero que debían ser utilizadas exclusivamente en representaciones, sucursales o agencias de la misma empresa otorgante de la misma. El otro instrumento fue el cheque de viajero, el que previamente debía ser comprado en los bancos que los emitían y que servía para el pago de bienes y servicios pero que su uso no estaba restringido solo a dependencias del emisor sino que era aceptado por la generalidad de los comercios. La combinación de ambas formas dio origen a la tarjeta de crédito, documento que permite primero adquirir un bien o servicio pero postergando su pago en una fecha posterior previamente convenida. Se constituyó así, como se dijo, en un medio de pago y simultáneamente un instrumento de crédito, que permite financiaciones de bienes y servicios en plazos muy breves y que cambió sustancialmente los hábitos de consumo de los individuos.

En nuestro país está regulada ley 25.065 del año 1998 que trata básicamente del contrato de emisión de tarjetas y las relaciones entre emisores, titulares y comercios adheridos. No regula a las sociedades administradoras de tarjetas. Si bien la norma no exige la intervención de los bancos estos cumplen roles casi excluyentes ya que por mucho son los principales emisores de tarjetas y además integrantes de las sociedades administradoras de las cuales son los principales accionistas.

VI.16. Los bancos y los fondos comunes de inversión

IV.16.1. Los fondos comunes de inversión públicos

Son los regulados en nuestro país por la ley 24.083. Se los denomina de esa manera porque el llamamiento a los inversores se efectúan precisamente en forma pública y por tal motivo tienen una rigurosa regulación y control estatal, intervención que se funda en la necesidad de proteger al consumidor financiero que acepta la invitación para invertir.

Su función económica es la de reemplazar en los pequeños inversores de los atributos que éstos generalmente carecen, como los son el conocimiento adecuado de los mercados para seleccionar y dispersar los riesgos o, si lo poseen, sus disponibilidades son insuficientes para hacerlo. Como ya se adelantó en este informe, la ley 24.083 regula este tipo de fondos organizándolos en base a dos organismos: la sociedad administradora o gerente que selecciona las inversiones (generalmente son sociedades anónimas subsidiarias de los bancos) y la sociedad depositaria que la controla (normalmente también son bancos), resguarda los activos del fondo y realiza las funciones de caja. Estos fondos se organizan a partir de un reglamento de gestión, contrato celebrado entre ambas instituciones y que debe ser aprobado previamente por la CNV, organismo que también las controla en su gestión.

En la actualidad funciona una importante cantidad de fondos comunes de inversión públicos en nuestro país, que en un amplio espectro, invierten en activos de renta fija, renta variable, renta mixta y en plazos fijos. Conjuntamente con las impositivas en los bancos, constituyen una de los más importantes destinos de los ahorros del pequeño inversor.

VI.16.2. Fondos de inversión privados

La otra categoría de fondos comunes de inversión son aquellos que captan dinero pero sin hacerlo en forma pública. Estos fondos no tienen por funciones la dispersión de los riesgos tal como fueron descritas en los párrafos precedentes. Generalmente se trata de inversores de alto poder adquisitivo y se exige para su ingreso al fondo una base de aportes mínimos que generalmente son sumas elevadas. Se interpreta que si quienes participan en estas instituciones lo hacen efectuando inversiones importantes, cabe presumir que tienen conocimientos más o menos amplios de los

mercados y la suficiente capacidad técnica como para analizar y seleccionar por sí mismos, sin ayuda de terceros, el destino de sus ahorros. No constituirían consumidores financieros y por lo tanto no necesitarían protección. Por estos motivos, y por no convocar o invitar públicamente a participar a eventuales inversores, no tienen regulaciones ni controles especiales. En nuestro país adoptan las estructuras de las sociedades comerciales de inversión, preferentemente las anónimas (artículos 31 y 163 de la ley 19.550) o la de los ahora llamados fondos de inversión directa que se organizan bajo la figura del fideicomiso financiero (artículo 1690 y ss. del CCiv. y Com.), con la particularidad que en estos casos el inversor reúne las condiciones de fiduciante y beneficiario. Estos fondos privados se distinguen según las modalidades de intervención en los mercados de acuerdo a los destinos y finalidades que le dan a sus inversiones. Algunos financian nuevos proyectos a emprendedores y se los denomina “de capital de riesgo” (*venture capital o risk capital*) ya que sus aportes se los efectúan a título de socios (no de acreedores) y por lo tanto corren la suerte del negocio cuyo desarrollo han financiado.

Otros tienen una actividad similar a los fondos públicos, es decir encaminan su actividad a la inversión en instrumentos financieros como acciones, bonos o monedas pero lo hacen sobre activos de mayores riesgos y sofisticación operando, inclusive, en descubierto, alternativa vedada en principio a los fondos públicos y se los denomina fondos de inversión especulativa (*hedgefunds*). Estos fondos en algunas oportunidades analizan títulos de deuda soberanos o particulares que se encuentran en situación de falencia, los adquieren a precios muy bajos y luego pretenden cobrarlos por su valor nominal más intereses vencidos y no pagados y se los denomina “fondos buitres”.

Otros fondos tienen como objetivo la adquisición de empresas en marchas y las adquieren a través de lo que se denomina oferta pública de adquisición (OPA) con finalidades diversas, como por ejemplo fusionarlas con otras para reducir costos o para su desguace y vender sus activos individualmente (caso que se presenta cuando la suma de los valores de los activos considerados aisladamente es superior al que tiene la empresa en marcha) o directamente eliminarlas del mercado como competencia.

IV.17. La interrelación entre los mercados financieros

Otro aspecto que hay que señalar es la estrecha relación que vincula a las diferentes instituciones que, con distintas modalidades, canalizan el ahorro hacia la inversión. En nuestro país son los bancos, los mercados de valores, las empresas aseguradoras y los fondos comunes de inversión. Una muestra de esa estrecha vinculación lo demuestra palmariamente el hecho de que, en la crisis del año 2008, la caída del banco de inversión Lehman Brothers arrastró a una de las más importantes empresas aseguradoras, AIG, que debió ser objeto del más grande salvataje de la historia por parte de la Reserva Federal, la que adquirió el 79,9% de sus activos y le dio un préstamo de US\$ 85.000 MM, para amortiguar los efectos de la crisis sistémica que se produjo ese año por el tema de los préstamos *subprime*.

IV.18. El escenario internacional

Además de encontrar soluciones a lo que se podrían calificar cuestiones domésticas como las descriptas, los futuros profesionales deberán enfrentarse con otro fenómeno: la globalización de los mercados situación que, guste o no, aparece como un hecho irreversible ya que el mundo en uno solo y los medios de comunicación son cada vez más rápidos y seguros. Las economías de los países actúan como vasos comunicantes.

Esta creciente interrelación entre empresas e individuos de diversos países, a veces con distintos sistemas jurídicos (como, por ejemplo las diferencias entre las legislaciones originadas en el derecho continental europeo y el *common law*), por razones de recíproca seguridad, ha creado la necesidad de alcanzar un grado importante de unificación normativa con intervención de organizaciones oficiales (como UNCITRAL y UNIDROIT en algunos casos), o privadas como la Cámara de Comercio Internacional con sede en París a través de las reglas de usos uniformes (RUU).

V. Necesidades financieras insatisfechas

Pero, además, y analizando concretamente la situación de nuestro país se observan necesidades financieras insatisfechas, como lo son las dificultades para el acceso a la adquisición de viviendas para la familia promedio y al financiamiento de obras de infraestructura o de proyectos industriales. En este último supuesto a inversores extranjeros con todos los problemas que esa situación ha producido. Parte de este problema lo constituye el hecho de que nuestro país carece de moneda estable desde hace sesenta años. Pero interpretamos también que una mayor capacitación específica en la materia financiera en general y bancaria en particular de los profesionales que deben intervenir directa o indirectamente en este proceso de ahorro y financiación (legisladores, jueces, funcionarios, asesores de empresas públicas o privadas actividades que desarrollan normalmente los abogados), puede colaborar en la solución de este déficit.

VI. Bibliografía

BONEO VILLEGAS, Eduardo J. y BARREIRA DELFINO, Eduardo A. (1994). *Contratos bancarios modernos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DAGA, Gabriel Alejandro (2005). *Contratos financiero derivados*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

ELSPE, Douglas (2010). “La ley de entidades financieras. Análisis de los proyectos de ley y propuesta para la futura reforma legislativa”, en: *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa*. (Héctor Alegría director). Buenos Aires: La Ley, pp. 355-376.

GERSCOVICH, Carlos Gustavo (1999). “Marcos del derecho bancario y financiero”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 33-113.

NORTON, Joseph J. (1999). “El nuevo derecho bancario y la educación jurídica en el siglo XXI”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 115-136.

NUENO, Pedro y PREGEL Gert (2000). *Instrumentos financieros al servicio de la empresa*. 3ª ed. actualizada. Bilbao: Ediciones Deusto.

PAOLANTONIO, Martín Esteban (1997). *Operaciones financieras internacionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

PAOLANTONIO, Martín Esteban (1994). *Fondos comunes de inversión. Mercado financiero y mercado de capitales. Securitización o titulización*. Buenos Aires: Depalma.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio (2002). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. 5ta ed. Colombia: Legis.

REIFNER, Udo (1999). “Principios de protección al consumidor en los servicios financieros”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 167-211.

WEATHERFORD, Jack (1997). *La historia del dinero. De la piedra arenisca al ciberespacio*. Barcelona. Editorial Andrés Bello.

WOOD, Philip (1999). “Introducción al derecho financiero internacional”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 213-242.

Fecha de recepción: 28-03-2016

Fecha de aceptación: 04-08-2016