

## Procedencia de Revisión de la Cuenta Corriente Bancaria

Oswaldo R. Gómez Leo

### **1. Lo resuelto en el fallo. a) Respecto de la revisión de la cuenta corriente bancaria por falta de pacto. b) Comisiones por servicios no pactados ni prestados [\[arriba\]](#)**

En virtud de que el fallo "Avan, SA. c/Banco Torquinst, SA. s/Ordinario", ha sido publicado en su totalidad en varias de las revistas que circulan en plaza y en atención a su dilatada extensión, se ha optado por puntualizar los datos identificatorios del mismo y transcribir su parte resolutive, con lo cual considero que el lector cuenta con los elementos necesarios para que este breve comentario le sea de utilidad.

La resolución se dictó el 17/2/2004 formalmente por los señores Jueces de Cámara en lo Comercial de Bs. As., de la Sala A, que hubo de ser integrada, por las razones explicadas más abajo, según constancias de fs. 760, 763, 766 775 y 791, con asistencia de la Prosecretaria Letrada, para entender en los autos seguido por "Avan, SA. c/Banco Torquinst, SA. s/Ordinario" en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el art. 268 del Código Procesal y por aplicación del art. 110 del Reglamento para la Justicia Nacional, resultó que debían votar en el siguiente orden, doctores Isabel Miguez, Carlos Viale, Ana Isabel Piaggi, Bindo R. Caviglione Fraga, Carlos María Rotman , Felipe M. Cuartero y Enrique M. Butty.

El recurso fue deducido contra la sentencia de fs. 721/733 que rechazó la demanda incoada por Avan S.A. contra Banco Tornquist S.A. que operó en plaza bajo la denominación de Banco Credit Lyonnais Argentina S.A. por arreglo de cuenta corriente bancaria y rectificación de partidas viciadas e injustificadamente debitadas, por el período Octubre de 1992/Setiembre de 1996 fecha de cierre- con la consiguiente repetición de los importes; e impuso las costas del juicio a la parte vencida.

Luego de extensos y laboriosos votos de los jueces de Cámara se resolvió, por mayoría.

*"a) Admitir en lo sustancial el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocar el fallo absolutorio dictado en la instancia de origen. Con tal alcance procede receptar la acción incoada por rectificación de saldo de cuenta corriente bancaria. b) En consecuencia, corresponde condenar al Banco Tornquist SA a reintegrar a la accionante las diferencias entre las sumas debitadas por el banco demandado, y las que resulten de practicar una nueva cuenta que se llevará a cabo morigerando las tasas de intereses injustificados aplicadas. Se establece como parámetro la tasa Nominal Anual Vencida que percibió el Banco de la Nación Argentina por descubiertos bancarios generados por adelantos transitorios de fondos, en el periodo controvertido comprendido entre el 9 de octubre de 1992 y setiembre de 1996 inclusive. A cada una de las sumas resultantes que quepa restituir, se deberá adicionar intereses moratorios, que se liquidarán desde la fecha de cada débito incausado hasta la fecha de su efectivo pago, según la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días. (C.N.Com. en pleno, in re "S.A. La Razón s/Quiebra s/incidente de pago de los profesionales", del 27.X.94). c) Procede asimismo, receptar la pretensión deducida respecto de las comisiones y gastos, y condenar al accionado a reintegrar los siguientes ítems: "riesgo contingente", "Giros y transferencias", "cuenta bloqueada, comisión sobregiro y comisión saldo inferior" y "comisiones diversas y otras" con el alcance que surge del considerando XXIII-A del voto de la vocal preopinante. Los importes cuyo reintegro se ordena, devengarán intereses moratorios, según pautas señaladas en el considerando XXI de dicha ponencia. d) Desestímase la pretensión de reintegro de los débitos relacionados*

con la operatoria en las mesas de dinero, sin perjuicio de disponer el pase de las presentes actuaciones al fuero penal a fin de que se investigue la probable comisión del delito tipificado en el art. 175 bis del Cód. Penal. e) Rechazar la pretensión de reintegro de los restantes rubros: "comisión valores al cobro", "comisión garantías", multas ley 24.452 por cheques sin fondos", "importación", "mantenimiento de cuenta", "comisión chequera", "gastos cheques y boletas". f) Las costas devengadas en ambas instancias se impondrán íntegramente a la demandada por ser la parte sustancialmente vencida (art.68 del Código Procesal). Isabel Miguez, Carlos Viale, Ana I. Piaggi, Bindo B. Caviglione Fraga, Carlos M. Rotmanna I. Piaggi, Bindo B. Caviglione Fraga, Carlos M. Rotman, Felipe M. Cuartero y Enrique M. Butty.

## 2. Algunas aclaraciones previas [\[arriba\]](#)

Con motivo del lanzamiento de ésta revista, sobre lo cual ya expresé mi opinión y expectativas, resultaba obligatorio que realizara algunas consideraciones sobre este fallo concerniente a la cuenta corriente bancaria por razones son plurales.

a) Se trata de un tema integra el Master de Derecho Empresario en el módulo que está a mi cargo en ese conocido programa de postgrado de la facultad de Derecho de la Universidad Austral

b) En el fallo en cuestión se citan algunas obras de mi producción científica, así como se omiten otras, que en mi concepto, no solo se refieren al tema, sino que además justifican el acierto de lo resuelto, con relación a la relación, jurídico-legal que existe entre el actor y el demandado.

c) La participación en distintos eventos realizados mientras se fue gestando el cambio de la jurisprudencia sobre la rectificación o revisión del saldo o, en su caso, del movimiento de la cuenta corriente bancaria.

d) Y finalmente, que cuando acometí la tarea, de analizar en profundidad tanto los medulosos votos de los señores camaristas intervinientes, como los estudios y comentarios publicados por diversos autores sobre lo resuelto en el fallo "**Avan, SA. c/Banco Torquinst, SA. s/Ordinario**", me encontré con una sorprendente novedad que es la que, en definitiva, justifica la publicación de este estudio. Tal cuestión que he calificado como "novedad", es en realidad una omisión que se ha padecido, tanto en el fallo, como en los comentarios. Esto es que como dije, se citan -antecedentes doctrinales y fallos- y se discute sobre las condiciones de la "autorización para girar en descubierto" del cuenta correntista, sin distinguir, lo que a mi juicio resulta definitivo, es que esa figura operativa de la cuenta corriente bancaria que es de larga data (1889) y está receptada expresamente en el art. 791, Cód. Com. en la **actualidad** (no ha sido siempre así) puede tener dos vertientes. En primer lugar la clásica: que es el **contrato de apertura de crédito en cuenta corriente**(1) y otra reciente, de raíz reglamentaria, que fue creada en las últimas décadas del siglo pasado, que es **el anticipo transitorio en cuenta corriente, también llamado "autorización de sobregiro" "giro en descubierto sin acuerdo, etc.** Que como ya señalaré, con todo cuidado, no tiene jurídicamente, nada que ver con el contrato citado antes, pues como se ha dicho en los fallos que se dictaron con motivo de los efectos el conocido efecto "tequila" producido en la década de los años noventa, La última de las figuras técnico-reglamentaria, **no es un contrato**, no hay pacto entre el cuenta correntista y el banco, sino que éste, discrecionalmente, por intermedio del gerente de la sucursal de que se trate, según las condiciones fijadas por el B.C.R.A. paga o no paga a su voluntad, el cheque que presentado al cobro que **"no tenga fondos disponibles suficientes o autorización para girar en descubierto, por escrito".**(2)

### 3. La integración de la Sala interviniente. Razones. Inexistencia de antecedentes [\[arriba\]](#)

En oportunidad de realizarse algunos de esos eventos que he citado 3) surgieron los comentarios de lo novedoso de la integración de la Sala A y también las preguntas si se conocía algún antecedente en ese sentido. Como había varios ex-camaristas presentes y memoriosos, se llegó a la conclusión que es la primera vez, que sin tratarse de un fallo plenario, se requirió el voto de siete vocales de distintas salas para obtener la mayoría necesaria, respecto de las varias cuestiones planteadas, que fue lo que en definitiva llevó a “esa poco común sentencia dealzada”(4)

### 4. El caso planteado. Una cuestión semántica. Rectificación del saldo y revisión de la cuenta corriente [\[arriba\]](#)

En otro de los eventos realizado, fue en Mendoza(5) se planteó la cuestión sobre diferencia entre las denominaciones incluidas en las normas legales aplicables en la especie y el alcance doctrinal que tienen las expresiones “rectificación” y “revisión” en materia de cuenta corriente bancaria. Entonces y ahora, señalo que soy de opinión que a pesar de la redacción de las normas que rigen la especie, corresponde, denominar “**Rectificación del saldo**” la que procede, cuando existe por parte del cuenta correntista, impugnación oportuna y en forma del mismo (arts. 793, ap. 1º y 2º, Com. Com.) y de “**Revisión de la cuenta corriente**” que resulta admisible y, en su caso procedente (como en el caso de autos) por versar la cuestión sobre algunos de los casos “taxativamente previstos” en el art. 790, Cód. Com. lo cual implica una reapertura de la discusión sobre la procedencia de la inclusión o exclusión de determinadas partidas(6). Considero que ello es así, sin perjuicio de reconocer el acierto de la terminología utilizada en el fallo, en el cual se designa la acción incoada por el actor, como “de arreglo de la cuenta”, contenida en la regla legal aplicada del art. 790, Cód. Com., que contiene esa expresión.

### 5. Las citas de obras del suscripto. La diferencia entre el contrato de apertura de crédito y anticipo transitorio en cuenta corriente [\[arriba\]](#)

En algunos de los votos de los señores camaristas, se citan algunas de mis obras sobre el tema(7) sin embargo, debo aclarar y este es el meollo de la cuestión, que en la última de las obras mencionadas en la nota 7, manifesté expresamente, al comentar la regla 1.3.8.1.1, Opasi 2-128, que el banco debía rechazar el cheque presentado al pago “*cuando no haya fondos disponibles suficientes acreditados en cuenta y falte la autorización al cuentacorrentista para girar en descubierto*”, agregando “que la norma en comentario ya estaba incluida en los textos de las circulares reglamentarias sancionadas con anterioridad y concuerda con el art. 791, Cód. de Com., que alude a las dos modalidades como puede operar la cuenta corriente bancaria: con provisión de fondos (depósito en cuenta corriente) y la cuenta corriente en descubierto (apertura de crédito en cuenta corriente). Es evidente que ese supuesto, no corresponde al supuesto fáctico del caso resuelto por la sentencia que se comenta.

Pero como ya adelanté y expresamente cite en uno de mis libros, se debe agregar el otro supuesto contemplado en la Reglamentación dictada por el B.C.R.A. por el cual si no hay fondos disponibles suficientes en cuenta, el banco tiene la facultad discrecional de atender el servicio de cheques mediante un “**adelanto transitorio de fondos**” yeste supuesto, **que es el caso resuelto por la sentencia que se comenta.**

Entre ambas figuras existe diferencias tajantes de naturaleza y de efectos, pues mientras el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, que debe ser convenido por escrito según la regla 1.1.1.3, con el “adelanto transitorio en cuenta”

estamos frente a un préstamo ocasional otorgado a los clientes que por gozar de solvencia moral y económica suficiente, obtienen cobertura inmediata del sobregiro incurrido. Dicho préstamo, no tiene plazo, ni monto, ni interés previamente pactado, debe ser cancelable dentro del plazo que fije el B.C.R.A., actualmente 30 días, como máximo (regla 3.2.1); su monto no puede exceder de determinado porcentaje (o promedio) y la tasa de interés será variable y siempre algunos puntos superior a la tasa pasiva que pagan los bancos en las inversiones a plazo fijo.

A ello debo agregar que en la jerga bancaria se denomina a esta clase de autorización para girar en descubierto, “*sin acuerdo*”, queriendo significar con ello que, las autoridades del banco (v.gr. el gerente u comité de oficiales de cuenta) no se hace un estudio formal de la “carpeta” del cuenta correntista, ni es necesario que haya existido un pedido expreso “por escrito” como dispone la Circ. Opasi 1.2.1.1. para el otro caso.(8)

#### **a) Concepto y caracterización del contrato de apertura de crédito.**

Al editar la 2ª ed. del t. III-D, del Tratado repetidamente citado expuse el siguiente concepto sobre el contrato de apertura de crédito: es aquel por el cual el banco (acreditante) crea una disponibilidad en favor del cliente (acreditado) mediante el pago, por éste de una comisión. Es decir, que necesariamente el acreditante debe ser un banco, que requiere el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento (art. 1140, Cód. Civ.). “Es decir requiere dos declaraciones de voluntad recepticias y convergentes (arg.art. 1137, Cód. Civ.) exteriorizadas en la forma y modo que admite la ley (arts. 915 a 920, Cód. Civ.)(10) y respecto de su naturaleza jurídica y caracteres contractuales, agregué “que la apertura de crédito se encuadra dentro del género de los contratos preparatorios (11) y de la especie de contratos de coordinación(12) como consecuencia de la naturaleza atribuida, se ratifica que se trata de un contrato definitivo(13) que genera efectos obligatorios para las partes contratantes desde el mismo momento de su celebración, siendo su objeto o finalidad esencial el acreditamiento necesario -en los términos pactados -por parte del banco, puntualizando que este contrato establece y organiza el desarrollo de las relaciones futuras, en tantos actos de utilización de la disponibilidad creada en favor del cliente(14).

Tiene los siguientes caracteres jurídicos: consensual, de crédito, bilateral(15) innominado, o oneroso, conmutativo(16), de ejecución continuada, no formal(17) e *intuitu personae*.(18)

#### **b) Descripción de la operación técnica-reglamentaria, de “anticipo transitorio en cuenta corriente bancaria”.**

Si bien parte de la doctrina italiana, que estudió las operaciones bancarias en cuenta corriente según las normas vigentes en ese país, v.gr. arts. 1852 a 1857, Cód. Civ. It. de 1942, ha sostenido que toda autorización para girar en descubierto constituye una apertura de crédito en cuenta corriente(19) se debe entender que en nuestro derecho ello no es así, por razones plurales:

I. Ha quedado claro que la regulación de la “autorización para girar en descubierto” denominada “anticipo transitorio en cuenta corriente bancaria” descrita según las normas reglamentarias dictadas por el B.C.R.A. no tiene la entidad, el carácter ni los efectos de la autorización para girar en descubierto concedida mediante un contrato de apertura de crédito.

II. En el primer caso, existe una decisión unilateral del banco acreditante que solo tiene un carácter accesorio del servicio de caja asumido por esa entidad ante el cuenta correntista.

III. Si el banco se ha obligado, respecto del cliente, por una suma fija, por el tiempo determinado o indeterminado, bajo las condiciones contractuales establecidas por el mutuo consentimiento de las partes (art. 1137, Cód. Civ.) se tendrá una apertura del crédito y serán de aplicación las normas propias de este contrato. Si por el contrario, esas obligaciones no existen, y el banco sólo atiende el cheque presentado en un caso momentáneo de descubierto, estamos dentro del ámbito de la cuenta corriente bancaria y la concesión del crédito constituye un elemento del servicio de caja que tiene como objeto facilitar la realización de los fines del contrato.

IV. Cuando las condiciones de liquidez del banco, lo permiten y aparece un cheque que presentado al pago, no tienen fondos suficientes disponible en la cuenta, es frecuente que el banco intervenga con sus propios fondos porque si tiene confianza en el cuentacorrentista evita el rechazo y sus consecuencias disvaliosas para su cliente. En este caso el banco procede por propia iniciativa, por lo tanto no existe contrato de apertura de crédito en sentido técnico ya que lo que el banco pretendió fue facilitar el servicio de caja.

V. En el caso del pago de ese cheque en descubierto, mediante un anticipo transitorio en cuenta, concedido unilateral y discrecionalmente por el banco girado no existe una apertura de crédito en sentido técnico, por cuanto: 1) de existir una obligación del banco, ésta es limitada, en relación a la llamada masa de negocios, por la cual la concesión del crédito tiene importancia secundaria y no constituye la cosa del tipo contractual; 2) en la apertura de crédito, la concesión de crédito constituye fin esencial y es la causa típica del contrato, mientras que en el descubierto la situación se invierte; la concesión de crédito es medio para lograr la finalidad contractual; 3) si el anticipo es económicamente un préstamo, no lo es jurídicamente. Se trata del efecto secundario de otro contrato -la cuenta corriente bancaria-, y con otra finalidad, se identifica con el mandatario que adelanta los fondos necesarios para el cumplimiento del mandato y, por tal circunstancia, resulta acreedor del mandante (art. 1949, Cód. Civ.). (20)

#### c) Jurisprudencia sobre este tema.

En varios fallos se ha reconocido esa diferencia conceptual en forma terminante, distinguiendo que si la **“autorización para girar en descubierto”** proviene tiene por fuente una apertura de crédito en cuenta corriente, el vínculo creado entre el cliente y el banco es contractual y como tal queda regido por lo pactado entre ellas (arts. 1137, 1193, 1197 y conc. Cód. Civ. y art. 218, inc. 5º, 791 y conc. Cód. de Com.). Si en cambio se trata de un **“anticipo transitorio en cuenta corriente”** o **“autorización de sobregiro sin acuerdo”**, etc. etc. no existe contrato, ni bilateralidad, y por natural consecuencia tampoco existe un verdadero acuerdo o consentimiento de ambas partes, ya que el banco en este caso procede por propia iniciativa, discrecional y unilateralmente, al solo efecto de facilitar el servicio de caja que presta a través del contrato de cuenta corriente.

En ese aspecto se pueden citar fallos que en forma terminante así lo ha resuelto, al decidir: “Que no se puede confundir ni asimilarse la exigencia de una previo contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, con la simple autorización para el pago de uno o más cheques en “descubierto” ni que esta práctica es normal en el giro bancario.(21)

Aunque la entidad bancaria hubiera cubierto mas allá de los límites convenidos del descubierto, ello es solo el ejercicio de de una facultad excepcional y ocasional de otorgar crédito, que no lo constituye en una conducta obligatoria, ya que en este supuesto la concesión de crédito constituye un elemento del funcionamiento del

servicio de caja que presta el banco y tiene por fin facilitar la realización del fin de la cuenta corriente bancaria contra cual se giró el cheque en descubierto.(22)

Por natural implicancia se ha resuelto que el banco que se niega a superar el límite del giro que tenga pactado con el cuentacorrentista, no introduce ninguna modificación en la operatoria que debe brindar al cliente.(23)

#### **d) La distinción fue hecha en su momento.**

Lo que resulta paradójico, lindando lo insólito, que esta diferencia entre **“contrato de apertura de crédito”** y **“un transitorio en cuenta corriente”** fue analizada en el fallo “Cosentino, A, y ots. c/HSBC. Banco Roberts SA. (3/12/2002), en el voto del Dr. Peirano, que hizo mayoría rechazando el pedido de “revisión” de la cuenta corriente, en virtud del art. 790, Cód. Com., entendiendo que ello no correspondía, pues la falta de impugnación prevista en el art. 793, ap. 1º y 2º, Cód. Com. habría hecho precluir la posibilidad de aplicar la norma anteriormente citada, criterio con el cual no estamos de acuerdo.

Sin embargo, posteriormente la sala A, integrada -por el Dr. E.M. Butty- tanto en el fallo “Nicolino, F. y ot. c/Lloys Bank (BLSA) (19/5/2003)” y en el que estamos comentando “Avan, SA. c/Banco Torquinst, SA. s/Ordinario” hizo lugar a la revisión y aplicación del art. 790, Com. Com., sin que -como ya señalé al principio- se utilizara en los fundamentos la mención de la diferencia entre ambas figuras jurídicas, que como sostenemos es dirimente en estos casos.

### **6. La discusión en cuanto a los intereses aplicables [\[arriba\]](#)**

Si lo expuesto, como tenemos la certeza, es así, no era necesario embarcarse en la discusión del *quantum* de los intereses aplicables o invocar la ley 24.240 de protección al consumidor o de analizar si hubo usura o no, pues como afirmaron los Dres. Manuel Obarrio(24) y Lisandro Segovia(25), en el siglo XIX, Raymundo L. Fernández ya en el siglo pasado(26) tema que tuve oportunidad de ampliar en Tratado publicado con el querido maestro(27) no era procedente citar las obras aplicables a los casos en los cuales hubo acuerdo contractual (apertura de crédito) entre el banco y el cliente, pues bastaba citar las exposiciones y publicaciones que realmente eran las aplicables al caso, al no existir pautas contractuales sobre los intereses que el Banco demandado en estos autos pretendió cobrar, ya que como ha dicho esa ajeja, pero acertada doctrina **“Las disposiciones legales del título VII, del libro II, del Cód. de Com., que lleva por título “Del préstamo de los réditos e intereses” resultan de aplicación, por analogía a toda deuda de dinero”**

En la jurisprudencia se ha hecho buena aplicación de este principio, al resolver, que aunque no se hubiere cuestionado, que la “autorización para girar en descubierto” era de las operaciones bancarias que requieren previo acuerdo sobre los réditos y ello fue omitido por el cuentacorrentista, no corresponde al banco fijar la tasa unilateralmente, **sino que debe atenerse a la norma del art. 565, Cód. Com.**(29)

### **7. Las comisiones y servicios no pactados ni prestados [\[arriba\]](#)**

Respecto de este tema, también el fallo dictado por la sala A, integrada, es correcto. Desde hace bastante tiempo -década de los años setenta- la circular reglamentaria de la cuenta corriente bancaria con servicio de cheques- introdujo, luego eliminó alguna norma que disponía “que no se podía cobrar comisiones por servicios que “efectivamente” no prestara el banco girado” Tuve oportunidad de enjuiciar la percepción por el banco del rubro “riesgo contingente”, que se

cobraba “*siempre*” cuando se depositaba un cheque para el cobro, a través de una Cámara Compensadora (*clearing*) y también denuncié, las consecuencias gravosas que se producían al depositante, si el cheque venía devuelto por rechazo del banco girado, porque entonces el riesgo calificado de “contingente” se había producido y debía ser cubiertas sus consecuencias con la comisión ya cobrada, pero ello no era cubierto por esa comisión, y se le cobraba al cliente, otros rubros, tales como: comunicación del rechazo, devolución del título, etc.(30)

La jurisprudencia en algunos fallos anteriores al considerado aquí, ya había resuelto adecuadamente sobre este tema, resolviendo que las comisiones y gastos en la prestación de los servicios bancarios, deben ser acordados previa y expresamente por las partes (cliente-banco) y responder a operaciones bancarias ciertas y efectivamente realizadas, situación que no se da cuando ellas no son pactadas explícitamente y no se suministra un detalle que permita su identificación plena.(31)

## 8. Conclusión [\[arriba\]](#)

El fallo se ajusta a derecho, pero no se puede aplicar si hay pactado por escrito un contrato de apertura de crédito con la cuenta corriente.

Manifestando aquí, lo que tuve oportunidad de exponer cuando se me concedió la palabra en el Instituto de Derecho de la Empresa de la Academia, puntualizando tres cosas.

a) El fallo se ajusta a derecho dadas las circunstancias fácticas del caso planteado esto es, que saldo deudor que se ha originado en el un “anticipo transitorio en cuenta corriente” porque en este caso, los saldos mencionados en el art. 793, Cód. Com., son revisables de acuerdo con las normas expresas que trae el art. 790, Cód. Com., con especial referencia a la causa y origen de las partidas siendo admisible y procedente investigar para que en el “arreglo de la cuenta” se evite una conducta ilícita y abusivamente discrecional del banco, pues no precluye el ejercicio de este derecho de “revisión” la aprobación tácita del saldo deudor comunicado por el Banco (art. 793, aps. 1º y 2º, Cód. Com.).(32)

b) Que según nuestro buen saber y entender, no corre ningún peligro el sistema bancario argentino -por lo menos respecto de este tema- si como corresponde, la regla legal del art. 791, sobre “la autorización para girar en descubierto” se lleva a cabo como era de buen uso y costumbre en nuestra plaza, antes de la locura bancaria iniciada en la década de los años setenta, época a partir de la cual los bancos comenzaron a tomar depósitos a tasas exorbitantes y por una cuestión de supervivencia debían prestar esos fondos “*cuanto antes y a toda costa*” a un alto interés, obteniendo una diferencia significativa y mayor, entre la tasa pagada y la cobrada, a cuyos fines el B.C.R.A. creó -como en otros casos- normas reglamentarias que simplificando los trámites permitían conceder descubierto “sin acuerdo”, sin necesidad de que el cliente tuviera “la carpeta “ actualizada y, por natural implicancia, como ello es una facilidad, pero también importa “un riesgo” se comenzó a cobrar un interés, de tasa variable, cercano al “*call money*”.

c) Que las comisiones y cargos por gastos que cobren los bancos durante el funcionamiento de la cuenta se adecuen al pacto del servicio de cheques que presta el banco, sean pactadas expresa y claramente por las partes (arg. art. 37, ley.24.024) por “prestaciones que efectivamente se realicen” dentro del marco permitido por la reglamentación que dicte el B.C.R.A. sobre estas cuestiones, erradicándose expresiones como las citadas en el fallo comentado, v.gr. “comisiones diversas y otras” porque ellas se parecen mucho a una ley penal en blanco, lo cual queda fuera del

concepto de “contrato de confianza”, como suele ser calificado por algunos autores el contrato bancario que nos ocupa.

#### Notas:

(1) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Bs. As.1993, 2ª ed. t. III-D, ps. 473 a 522, lugar donde tratamos este contrato bancario.

(2) Gómez Leo, O.R. Reglamentación de la cuenta corriente bancaria (Con servicio de cheques), Bs. As., 1995, p. 53. Conf. con esta distinción: Williams. J.N. Contratos de créditos, Bs. As., 1986, t. 2,A, ps. 158 y ss.

(3) Fue una reunión del Instituto de Derecho de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, que dirige actualmente el Dr. Héctor Alegría y al cual tengo el honor de pertenecer. En esa oportunidad expuso el Dr. Jorge Labanca, sobre el mencionado fallo.

(4) Como expresa en su voto del Dr. F. N. Cuartero.

(5) Fueron las Segundas Jornadas de Derecho Bancario del 2004, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Champagnat en esa Pcia. donde tuve el honor de compartir la tribuna con el conocido especialista Hector A. Benébaz

(6) Conf. Bonelli, G. Della cambiale, dell'asegno bancario o del contratto di conto corrente, Milan, 1914, p. 894; Malagarriga, C.C. “Código de comercio comentado” Bs. As., 1927, t. V, nº 84; Fernández y Gómez Leo, Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Bs. As.1993, 2ª ed. t. III-D, ps. 107 y sig. Ver. y ampliar: mi nota al fallo de la Cám. Civ. y Com. Sala 4ª, “Liscawe S.A. c/Banco Popular de Rosario” publicada en la rev L.L. 1994-A, 217.

(7) Vid. Fernández, R.L. y Gómez Leo, O.R, Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Bs. As.1993, 2ª ed. t. III-D, ps. 218 y 285; Mi nota al fallo de la Cám. Civ. y Com. Sala 4ª, “Liscawe S.A. c/Banco Popular de Rosario” publicada en la Rev L.L. 1994-A, 217 y Reglamentación de la cuenta corriente bancaria (Con servicio de cheques), Bs. As., 1995.

(8) Esta norma reglamentaria, de exigir el pacto escrito, tiene un antecedente que en su momento recibió una fuerte crítica de mi parte. Vid. Gómez Leo, Reforma del régimen del cheque, 2ª ed. Bs. As. 1988, p. 93, lugar donde enjuicié la regla 1.1.3.8.3, de la OPASI/1, vigente entonces expresando que ella había sido “mantenida, con algún *pequeño* cambio en su redacción, como regla 1.3.4.2.3, disponiendo que no serán computados, a los efectos de los rechazos a *tener en cuenta* para el cierre de la cuenta, los que se fundamenten en errores imputables al propio banco girado. Pero que “*no se considerará error el rechazo del cheque respecto del cual haya mediado autorización verbal para girar en descubierto*”.

Dije entonces que “La norma nos *parece censurable*, pues atenta contra la buena fe contractual (art. 1198, C.Civ.), a la vez que entra en colisión con la naturaleza consensual del contrato de apertura de crédito que implica 1a autorización para girar en descubierto, en su condición de contrato normativo que queda perfeccionado con el solo consentimiento de las partes (art. 1140, C.Civ.) O, dicho de otro modo, si se ha establecido, verbalmente, entre el cliente y el banco, el compromiso de que este último atenderá los cheques librados en descubierto por el primero, y luego de ello el banco, unilateralmente, no atiende los *cheques girados* en las condiciones pactadas, se produce la violación del pacto o convención establecida entre las partes, que según el art. 1197, C.Civ., es ley para ellas. También se infringe, la regla legal fundamental en materia contractual, que dice que las convenciones o contratos deben ser concertados y cumplidos de buen: fe (art. 1193, C. Civ.). Si el pacto existió, como lo presupone como premisa la citada la regla 1.3.4.2.3, y ella misma determina que en caso de incumplimiento éste no trae sanción para el incumplidor es evidente, que la primer

parte subrayada en bastardilla de esta nota, encierra un contenido desvalioso, por injusto e inhumano

(9) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado...cit. 2da. ed. t. III-D, p. 486.

(10) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado...cit. 2da. ed. t. III-D, p. 493.

(11) Conf. Giraldi, P.M. Cuenta corriente bancaria y cheque, Bs. As., 1973, p.22.

Messineo, F. Contenido y caracteres jurídicos de la apertura de crédito, Riv. Dir. Comm., 1926-I, 118, traducida al español por Ezio Cusi, Editorial Jus, Colección de Estudios Jurídicos, Méjico, 1944, p. 90.

(12) Conf.: V. Salandra, Contratto preparatorio e contratti di coordinamento, en Riv. Dir. Comm., 1940-I, 21 y 29; Williams, 2-A, 573.

(13) Conf., por todos: Messineo, lug. cit.

(14) Conf. Salandra lug. cit. y Giraldi, p. 23.

(15) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado. cit. 2ª ed. t. III-D, p. 495. Aun cuando parte de la doctrina clásica en línea dogmática, le atribuye carácter unilateral, consideramos que se trata de un contrato de prestaciones recíprocas o bilaterales. Esta postura es aceptada en la actualidad por la mayoría de los sistemas (Conf. Rodríguez Azuero, p. 384) por las prácticas bancarias (Labanca, J. y Noacco, L. Los contratos bancarios de apertura de crédito y descuento, Bs. As., 1964, p. 20, n. 4) y por autorizada doctrina (Conf.: Donadio B.B.T.C., 1937-I, 156; Fiorentino, A., Le operazioni bancari., Napoles 1959, p. 45; Garrigues, J. Contratos bancarios, Madrid, 1962, p. 195; Labanca y Noacco, p. 20; Miccio, R. Profili generali dell'apertura di credito, B.B.T.C., 1964-I, 188; Molle, I Contratti bancari, milan, 1966, p. 162; Rodríguez Azuero, lug. cit.; Scordino, F. I contratti bancari, Napoles, 1965, p. 213; Williams, 2-B, p. 578) a lo cual podemos agregar que a partir de estudiarlo aquí, como contrato bancario, ello otorga sólido fundamento, en razón de que, como quedó expresado antes, el cliente-acreditado tiene como obligación esencial el pago de una comisión (arg. arts. i, inc. 3 y 218, inc. 5, Cod. Com.) (Conf. Barbosa, L.G. y Castaño de Barbosa, M, Contratos bancarios, Bogotá, p. 216; Labanca y Noacco, lug. cit.: La obligación de pagar comisión "bilateraliza" el contrato)

(16) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado..cit. 2ª ed. t. II-D, p. 496. Se trata de un contrato de carácter conmutativo, y no aleatorio, pues la naturaleza, características y extensión de las prestaciones a cargo de las partes son ciertas en el momento de la formación del contrato, sin que el carácter facultativo de los retiros u órdenes del acreditado para disponer del acreditamiento, impliquen álea o riesgo alguno para los contratantes.

Conf. Messineo, p. 131, Donadio, Sulla natura giuridica dell'apertura di crédito, B.B.T.C., 1937-I, 151; Rodríguez Azuero, Contratos Bancarios, Bogotá, 1979, p. 384; Molle, Manual de derecho bancario, Bs. As, 1987, p. 137; Zavala Rodríguez, C.J. Código de comercio y leyes complementarias, comentados y concordados, Bs. As. 1987, t. V, nº 184, ap. 1, in fine; Villegas, C. G., Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria, Bs. As., 1985, t. II, p. 585: ya que ambas partes conocen *ab initio* sus obligaciones.

(17) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado...cit. 2ª, ed. t. II-D, p. 497: porque este contrato no requiere para su constitución formas o solemnidades determinadas, pudiendo ser concretado verbalmente y aun por hechos concluyentes y repetidos de la utilización de la disponibilidad por el acreditado (Conf. ConL.: Molle, Contratti, 163, y Manual, 138; Giraldi, 30; Scordino, p. 16; Williams, t. 2-B, 578; Zavala Rodríguez, t. V, nº 189: No se exige ninguna forma). Es decir que aun cuando en la práctica bancaria se lleva a cabo mediante la firma por el cliente de un formulario con cláusulas predisuestas por el banco, tal exigencia, en rigor, no es exigible atento a su carácter consensual, y no formal, con la ulterior consecuencia de que para acreditar su existencia e puede utilizar todos los medios de pruebas admitidos en materia comercial (art. 208, C.Com.) (Conf.: Colagrosso y Holle, 404, n. 4; Scordino, 0: La ley no requiere ninguna forma, ni ad substantiam ni ad probationem).

(18) Se puede comparar el concepto y los caracteres jurídicos de la apertura de crédito expuesto en el texto, con Messineo, que en su citada monografía, Riv. Dir. Comm., 1926-I, 118, dice. "como resultado general de la investigación efectuada puede afirmar que la apertura de crédito es un contrato innominado, consensual, definitivo,

conmutativo, normalmente oneroso, unilateral o bilateral según las circunstancias, de contenido complejo, o sea que comprende una duplicidad de efectos: el primero, inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer) y que (por regla general) el acreditado provee a la suministración de fondos; y el segundo, que es de efecto diferido y, desde el punto de vista jurídico, accesorio.

(19) Por todos Martorano, F. "Il conto corrente bancario", Napoles ob. p. 656,

(20) Conf. Williams, t. 2-A, p. 159: quien agrega que este caso sólo existe una relación de mandato, propia del servicio de caja que presta el banco-mandatario que, contractualmente o en forma espontánea, haya anticipado fondos, no se constituye en ello prestamista y cita conforme a Adriano Fiorentino, en su "La operazione bancarie", Nápoli, 1959, p. 216.

(21) Cam. C.C. Concep. del Uruguay, JA, 2003-II, síntesis

(22) Cám. Com., A, JA, 2002-II, síntesis; idem., JA 2001-I, Síntesis; Idem, JA, 2003-III, síntesis.

(23) Cám. Com. D, JA, 2003-III, síntesis.

(24) Obarrio, M. Curso de derecho comercial, Bs. As. 1898, t. II, n° 69;

(25) Segovia, L. Explicación y crítica de del Código de Comercio de la República Argentina, Bs. As., 1892, t. II, n. 1933.

(26) Fernández, R. L. Código de Comercio comentado, Bs. As., 1961, (3ª Reimp.) t. II, ps. 587, 591 y 592.

(27) Fernández y Gómez Leo, Tratado...,cit. t. II-B, ps. 121 y ss.

(28) Por ello es correcto el voto de la Dra. A. Piaggi, al que adhirió la mayoría, aunque surge implícitamente, del mismo la aplicación de los "intereses corrientes" en virtud de no existir entre las partes un pacto expreso respecto del tema. (arg. art. 565, Cód. Com.).

(29) Cam. Com., E, JA, 2000-II, 216.

(30) Vid. Fernández y Gómez Leo, Tratado...,cit. t. III-D, p. 329, nos quejábamos entonces (1ª ed. año 1990): "En este caso, aun cuando el cheque sea atendido por el banco girado, el cliente habrá pagado ésta comisión. Con el agregado que si el cheque es rechazado y devuelto por el banco girado, además de este cargo deberá atender el cargo indicado en el ap. II, v.gr. los gastos de comunicación del rechazo, citación para la devolución del título, etc.

(31) Cám. Com., A, JA, 2001-II, síntesis.

(32) Cám. Com., A, JA, 2004-II, 174.