

Voces: FIANZA ~ FIADOR ~ OBLIGACIONES DEL FIADOR ~ ENTIDAD FINANCIERA ~ RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA ~ CUENTA CORRIENTE BANCARIA ~ RESPONSABILIDAD DEL FIADOR ~ FIANZA BANCARIA ~ ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA

Título: La concesión abusiva del crédito

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 07/11/2008, 07/11/2008, 6 - LA LEY2008-F, 433

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D \(CNCom\)\(SalaD\) CNCom., sala D ~ 2008-06-30 ~ Vigna, Juan José Alejandro c. Lloyds Bank \(BLSA\) Ltd.](#)

Cita Online: AR/DOC/2869/2008

Sumario: SUMARIO: I. Introito. - II. Los hechos. - III. Los obiter dicta. - IV. La concesión abusiva del crédito: concepto y vías de reclamo. - V. Las particularidades del caso. - VI. Sobre créditos y "operaciones activas". - VII. Conclusión.

I. Introito

Provoca este comentario un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D (Vigna, Juan José Alejandro c. Lloyds Bank (BLSA) Ltd. 30/06/2008), que con erudición, versa sobre distintos aspectos relacionados con el derecho bancario. Se destacan tres, dos de derecho común y uno de derecho procesal: la validez de las fianzas amplias, la concesión abusiva del crédito y, por último, la procedencia de la acción declarativa de certeza como medio procesal para dilucidar aquellas dos cuestiones. Nos hemos de concentrar primordialmente en aquel menos tratado en nuestra doctrina, lo que se ha dado en llamar otorgamiento o concesión abusiva del crédito.

II. Los hechos

El presidente de una sociedad, Vigna Hnos. S.R.L. se constituyó en codeudor solidario, liso, llano y principal pagador por "el pago de intereses, impuestos, gastos, comisiones y cuanto más corresponda, de todas las facilidades de crédito, cualquiera sea su naturaleza o la forma que ellas revistan" que Lloyds Bank (BLSA) "tenga concedidas al presente o llegare a conceder en el futuro a Vigna Hnos. S.R.L.", agregando, a continuación, una larga lista de contratos de crédito, como adelantos en cuenta corriente, descuentos de pagarés a sola firma y otros. El documento en cuestión carecía de monto y plazo máximo.

Al año Vigna Hnos. S.R.L. se presenta en concurso, autorizando el magistrado del caso la continuidad de la operatoria bancaria. Años más tarde, Lloyds Bank (BLSA) intima extrajudicialmente al presidente de la sociedad el pago de 1.400.000 pesos, bajo apercibimiento de tener por presumido su estado de insolvencia y proceder, ante la falta de pago, al pedido de quiebra.

El presidente así intimado interpuso una acción declarativa de certeza, con el fin de que se declare como "nula, inoficiosa e inexistente la obligación" y "subsidiariamente se declare la nulidad del instrumento de garantía". Sus argumentos defensivos fueron variopintos, desde que su firma del documento había sido el resultado de un ardid consistente en habérselo intercalado con otros documentos, pasando por la violación por parte del banco de ciertas normas aplicables a su actividad, hasta la invalidez de lo que se conoce como "garantía ómnibus", que habría sido el caso del documento por él firmado. Como se adelantó, el argumento más llamativo y que da lugar a estas líneas fue que habría existido una "necesaria cooperación" entre la entidad financiera y la sociedad que presidía, con el fin de provocarle un daño; en definitiva, que habría ocurrido un otorgamiento abusivo del crédito por parte del banco en consonancia con la sociedad deudora para perjudicarlo en su calidad de garante.

El juez de la instancia inferior rechazó la demanda argumentando su inadmisibilidad a la luz de lo previsto en el artículo 322 del Código de rito y, además, la falta de demostración de los argumentos de fondo allí invocados. La Cámara revirtió lo primero, considerando que la acción declarativa sí era procedente, y trató luego detalladamente las razones de fondo interpuestas por el demandante, para llegar a idéntica conclusión que el juez de la inferior instancia.

III. Los obiter dicta

El decisorio expresa interesantes obiter dicta, que pueden abreviarse del siguiente modo:

a) Las garantías amplias u "ómnibus" (en este caso refiere a una fianza, por haber sido esta figura admitida por las partes, a pesar de que el documento no la menciona en ningún momento) son válidas, aun cuando no se hubiere fijado el monto máximo o el plazo de duración, siempre que se haya establecido el criterio en base al cual se determina el compromiso del fiador (artículo 1988 del Código Civil) ,y en tanto no se haya configurado un vicio de la voluntad, abuso del derecho o lesión subjetiva.

b) Aun ante un contrato de fianza válido, el fiador queda exonerado de sus obligaciones si la deuda afianzada adquiere una "magnitud muy distinta de la que razonablemente se tuvo en mira al otorgar la garantía". En ese caso, el acreedor sólo podrá mantenerla "procurando del fiador una autorización especial al efecto".

c) Ante un aumento extraordinario de la deuda garantida, si se constata que ello responde a una concesión abusiva del crédito a favor del deudor afianzado, entonces el banco pierde el recurso contra el garante "en

proporción a la medida económica causalmente vinculada al abuso."

IV. La concesión abusiva del crédito: concepto y vías de reclamo

Conceptualmente, la situación típica de otorgamiento abusivo del crédito se presenta ante un cliente de un banco que se halla en dificultades financieras y requiere mayor ayuda crediticia de la que ya tiene, una prolongación o un refuerzo de su crédito. Ante este planteo, la entidad financiera enfrenta un dilema: si no accede al pedido, puede llegar a ser responsabilizada por haber llevado con su negativa al cliente a la falencia, mientras que si lo ayuda, se le puede imputar que mantuvo al deudor en situación de aparente solvencia, generando así un perjuicio a sus acreedores tanto anteriores como posteriores a la renovación u otorgamiento del nuevo crédito. A los anteriores, porque el crédito por parte del banco implicaría prolongar el estado de desarreglo, lo que se traduciría en una demora de la declaración de la quiebra que reduciría el activo sobre el que tendrían derecho a cobrarse, sumando, además, nuevos acreedores con derecho a reclamo en la masa concursal. A los posteriores, por su parte, porque el otorgamiento del crédito en estas condiciones los engañaría, al crear un estado de aparente solvencia en el deudor que no era tal (1).

Como se puede apreciar de lo expuesto, la situación bajo análisis presenta dos matices que la distinguen y la hacen interesante. Por un lado una paradoja para el banco, que puede resultar pasible de responsabilidad cualquiera sea la vía por la que opte; por el otro, una contradicción de principios para el juez encargado de resolver el dilema, contradicción entre la libertad de los bancos para otorgar créditos a quien le parezca más conveniente en base a su autonomía decisoria, y la necesidad de proteger a terceros acreedores que, por desprevénidos o ignorantes, pueden verse perjudicados ante la actuación del banco (2).

Debe destacarse que esta situación no sólo puede presentarse para una entidad financiera. En efecto, un proveedor de un insolvente puede enfrentar idéntica disyuntiva; otro tanto puede ocurrir en un grupo societario, en donde es tan común que la sociedad controlante asuma el rol de pulmón financiero de controladas o vinculadas en situación financiera complicada, sosteniendo a veces a ultranza la agonía con el consiguiente perjuicio para los acreedores. Sin embargo, el carácter de prestamista profesional de los bancos hace que la situación encuadre con mayor facilidad en su caso (3). Se suele atribuir al banco una suerte de "omnisapiencia", como si el otorgamiento de un crédito, el análisis previo en los bancos, no tuviere mucho de subjetivo, siendo esto lo único que explica por qué algunos bancos dan crédito a algunas empresas y otros no (4). En este sentido se sostiene que, si por normas del Banco Central los bancos están obligados a prestar de acuerdo a ciertos recaudos y condiciones y si por normas concursales el otorgamiento de créditos en ciertas circunstancias está vedado, de ello se deduciría un deber de los bancos de no prestar a empresas en estado de insolvencia, por tener un deber "de favorecer la correcta distribución de los créditos" de lo que ellos son responsables; deber que no se cumple al prestar a una empresa en crisis (5).

Ahora bien, aun ante el carácter profesional de las entidades financieras, no deben perderse de vista a la hora de endilgárseles responsabilidad los cuatro presupuestos típicos del régimen de responsabilidad civil: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad (6), cuyos extremos fácticos se deben demostrar para que la imputación sea procedente.

En este sentido, para que se configure el "otorgamiento abusivo de crédito" habría que demostrar en primer lugar la desproporción —que debe ser de una magnitud considerable— entre el monto prestado y la capacidad de repago del deudor en cuestión, ya que esta comparación es la vara para ponderar si existe abuso de parte de la entidad financiera. Si el monto y la modalidad del crédito desembolsado por la entidad financiera a favor del deudor no es notable y considerablemente desproporcionado en relación a su capacidad de hacer frente a esas obligaciones, no estaremos en presencia del otorgamiento abusivo. Es preciso distinguir claramente entre el riesgo puro de crédito (el riesgo de que el deudor no pague el préstamo) y la negligencia o abuso del banco a la hora de asistir crediticiamente a su cliente, ya que de lo contrario se puede caer en la tentación de sostener que por cada deudor que incurre en mora se configura un supuesto caso de "otorgamiento abusivo de crédito".

La culpa del banco puede darse en varios supuestos. Hay algunos ejemplos que son de más fácil análisis, como el caso en el que el banco presta sin respetar los límites impuestos por el Banco Central, o sin la autorización de los órganos societarios competentes, o bien cuando el préstamo es el fruto de la actividad ilícita de alguno de los funcionarios del banco (7). Situaciones más complejas de resolución se presentan, por ejemplo, cuando el banco tiene ya una garantía real que lo cubre suficientemente y decide otorgar, con base en esa garantía, un nuevo crédito a la empresa en crisis con altas tasas de interés; o bien cuando tenía un crédito anterior con garantía que podría entrar en el período de sospecha y decide otorgar otro crédito con el fin de "sacar" el primer crédito de ese período, evitando así su eventual declaración de ineficacia (8).

En cuanto al daño, el banco debería ser responsable por aquella parte del pasivo creado a causa de su intervención como apoyo financiero (9). Por último, en cuanto a la relación de causalidad, como ya se adelantó, los acreedores anteriores deberían demostrar que sin la intervención del banco se habría declarado la quiebra, mientras que los posteriores, que no habrían otorgado crédito, si no hubiese sido por la situación de aparente solvencia de la compañía creada por el crédito del banco.

Además de la tradicional vía que provee el régimen de responsabilidad civil, un segundo camino para

imputar responsabilidad a un banco en estas circunstancias sería el artículo 173 de la ley de Concursos y Quiebras (Adla, LV-D, 4381), que establece que "quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso". El inconveniente de esta acción es que indefectiblemente debe demostrarse la existencia de dolo, ya que es éste el factor de atribución de responsabilidad (10). Los sujetos pasivos de la acción son todos los terceros que hubieren incurrido en la conducta allí descripta, y las consecuencias son no sólo la restitución de los bienes malhabidos sino también la indemnización de los daños y perjuicios causados (11). Debe remarcarse que el propósito de esta acción no es el resarcimiento por cualquier daño, sino sólo de aquellos que tengan vinculación directa con la insolvencia (12).

Una tercera vía sería el artículo 119 de la Ley de Concursos y Quiebras, que permite a los acreedores requerir la declaración de ineficacia de aquellos actos perjudiciales para ellos que hubieran sido realizados con conocimiento del estado de cesación de pagos. Aun cuando la carga de demostrar que no se causó perjuicio recae sobre el tercero (13), el gran obstáculo en este caso está constituido por el hecho de que difícilmente pueda argumentarse que un préstamo sea una fuente de daños para el patrimonio del deudor, ya que el otorgamiento del préstamo, por definición, comporta la adquisición de disponibilidades económicas para el prestatario (14), salvo algunas situaciones muy específicas (e.g. otorgamiento de un crédito nuevo para sacar del período de sospecha otro crédito). En este sentido, cabe remarcar que dentro de la doctrina civilista y concursal italiana, algunos han concluido que un acto con prestaciones recíprocas equivalentes, que fuera seguido de dilapidación, ocultación o consumición de la prestación, puede causar o agravar la insolvencia del deudor, por lo que podría ser impugnado por la acción revocatoria (15). Es más, ciertos autores consideran que no es necesario demostrar la dilapidación o la ocultación, sino que basta que la contraprestación sea "ocultable" para accionar por fraude (16).

V. Las particularidades del caso

Lo destacable del caso bajo estudio es que el otorgamiento abusivo del crédito fue interpuesto como una defensa y por el presidente de una sociedad deudora de un banco, ante el intento de este último de ejecutar la garantía bajo la que aquél se había comprometido. Más específicamente, este último arguyó que habría existido una suerte de necesaria cooperación entre la entidad financiera y la sociedad para provocarle un daño, que no sería otro que hacerlo patrimonialmente responsable por la abultada deuda de la sociedad en cuestión, que habría aumentado groseramente luego de su presentación en concurso. Sin conocer en detalle los extremos fácticos del caso, es posible afirmar sin mayor hesitación, que la no menor circunstancia de que quien intentaba desentenderse de su obligación como garante era el presidente de la sociedad deudora debería haber sido mérito suficiente para dar por tierra con esa pretensión. La sola calidad de tal lo obligaba a estar cuando menos informado de la situación patrimonial de la sociedad, más aun si ésta estaba concursada y con mayor razón todavía si los montos debidos habían alcanzado, en sus palabras, "niveles rayanos con el disparate". No se alcanza a entender qué comunicación pretendía de parte del banco quien no sólo debía conocer sino que además era responsable del nivel de endeudamiento de la sociedad de la que era presidente.

Dejando de lado la cuestión procesal relativa a la procedencia o no de la acción declarativa de certeza y la otra más de fondo, con la que no tenemos más que coincidir, referente a la validez de las fianzas amplias o mal denominadas "ómnibus", y adentrándonos en los obiter dicta del tribunal, el magistrado que fundamenta el fallo expresa dos criterios sobre los que parece oportuno reflexionar: el primero, que aun ante una garantía válida, el fiador quedaría exonerado de sus obligaciones si la deuda afianzada adquiriese una magnitud muy distinta de la que razonablemente tuvo en mira al otorgar la garantía; en ese caso, el acreedor sólo podría mantenerla procurando del fiador una autorización especial al efecto. El segundo, que en la misma situación, si el aumento extraordinario de la deuda afianzada respondiese a una concesión abusiva del crédito, el banco, al igual que en la situación anterior, perdería el recurso contra el garante como una sanción y en la medida económicamente vinculada al abuso.

Como fundamento de su posición, remite especialmente al artículo 1956 del Codice Civile italiano, que expresamente establece que: "... el fiador por una obligación futura queda liberado, si el acreedor, sin especial autorización del fiador, ha concedido crédito al tercero, aun conociendo que las condiciones patrimoniales de éste habrían llegado a ser tales que hacían notablemente más difícil la satisfacción del crédito...". Adicionalmente, y reconociendo que no existe en nuestro ordenamiento jurídico disposición semejante, promueve la aplicación del artículo 2043 del Código Civil —el que transcribe parcialmente— para sostener, buscando apoyo en un trabajo de Fargosi, que: "no se puede sino suponer que cuando el fiador contrae su obligación lo hace teniendo en cuenta un estado patrimonial determinado, cuyo agravamiento puede implicar la imposibilidad no jurídica sino fáctica de ejercer la acción subrogatoria contra aquél, y de allí que la prestación a su cargo, esto es, responder por las obligaciones del deudor, se haya vuelto prácticamente imposible de ser recuperada, y así excesivamente onerosa, procediendo no la resolución consagrada en el art. 1198 ... sino la derivada de la aplicación analógica del art. 2043 del Código Civil." En otras palabras, si por un hecho positivo o por una negligencia del acreedor, se hace imposible que el fiador se subroge en los derechos de aquel frente al deudor, entonces el acreedor es sancionado con la pérdida del recurso contra el garante, ni más ni menos que la

extinción de la fianza.

Este tramo del fallo merece reparos. El artículo 2043 estipula que: "La fianza se extingue también, cuando la subrogación a los derechos del acreedor, como hipoteca, privilegios, etc., se ha hecho imposible por un hecho positivo o por negligencia del acreedor." Los antecedentes históricos se remontan al mandator pecuniae credendae y al fidejussor del derecho romano, figuras ambas germen del contemporáneo contrato de garantía (17). Vélez abreva, por su parte, en el artículo 2037 del Código francés, cuyo texto dio lugar a una interesante discusión doctrinaria entre Troplong, que llanamente sostenía que el acreedor no tenía ninguna obligación respecto del fiador, y Mourlon, que opinaba en contra. Esa disquisición es reflejada por el ilustre cordobés en extensa nota al artículo 2043, quien termina inclinándose por el segundo, expresando que: "sin duda que la persona que afianza una deuda ya garantizada con prenda o hipoteca cuenta con estas garantías para asegurar su recurso contra el deudor". Ahora bien, el artículo 2043 de nuestro Código de fondo expresa que la fianza se extingue cuando se hace imposible la subrogación del fiador a los derechos del acreedor como "hipoteca, prenda, etc."; cierto es que el "etc." que allí se menciona sugiere amplitud (18), pero en ningún momento parece establecer que, como pretende el fallo bajo análisis, la garantía se extinguiría por un agravamiento del patrimonio del deudor, sino ante la pérdida de alguna acción, crédito o garantía, —en este último caso no en el sentido amplio del patrimonio como prenda común de los acreedores (19)— del acreedor contra el deudor, consecuencia de su obrar negligente (20). Lo expuesto se ve reforzado por el artículo 2044, que estipula que " el artículo anterior sólo es aplicable respecto a las seguridades y privilegios constituidos antes de la fianza, o en el acto que ésta se dio, y no a las que se dieran al acreedor después del establecimiento de la fianza" (el resaltado es nuestro), y por la nota al pie al artículo 2043 de Vélez, quien explica que: "sin duda que la persona que afianza una deuda ya garantizada con prenda o hipoteca, cuenta con estas garantías para asegurar su recurso contra el deudor. En esta confianza es que consiente en prestar su responsabilidad; y no es justo que el acreedor por su hecho lo prive de la eficacia, o de la realidad de las garantías con que contaba, cuando contrajo su obligación para su propia seguridad" (el resaltado es nuestro). Tanto la norma como la nota al pie transcriptas son lo suficientemente elocuentes para enervar el derecho pretor del fallo al respecto, que efectúa, a nuestro criterio, una interpretación forzada, casi ortopédica, del artículo 2043.

Que quede claro: no se propone la irresponsabilidad de las entidades financieras ante su obrar negligente o doloso. Todo lo contrario. Pero sí una aplicación e interpretación de las normas conforme a derecho. Si se configura un supuesto de otorgamiento abusivo de crédito, pues entonces la entidad financiera responsable deberá indemnizar por los daños ocasionados, pero no parece encontrar respaldo normativo suficiente la pérdida lisa y llana de la fianza por aquella circunstancia como una sanción, en base a un agravamiento del estado patrimonial del deudor; es justamente esa circunstancia la que la fianza intenta garantizar. Como ya se expresara, la situación de otorgamiento abusivo de crédito suele plantear, antes de configurarse, una disyuntiva para el banco, que salvo casos burdos de groseras violaciones a normas del Banco Central o connivencia entre funcionarios del banco y directivos de la sociedad (21), difícilmente sea buscada por la entidad financiera, menos aún para llevar a la falencia a un cliente. No es ese el negocio de los bancos.

En el caso bajo análisis el garante era el presidente de la sociedad afianzada, por lo que cabe preguntarse si realmente puede sostenerse que al emitir la fianza lo hizo con miras a subrogarse en el patrimonio de dicha sociedad o si, por el contrario, lo que privilegió fue la posibilidad de que esta última accediera a un mayor financiamiento por parte del banco.

También es importante tener en consideración que la fianza carecía de monto máximo, lo que debilita el argumento en el sentido de que el monto desembolsado por el banco a favor de la sociedad adquirió una magnitud muy distinta de la que razonablemente el fiador tuvo en mira al otorgar la garantía. ¿Cómo se determina este último? Si realmente el fiador hubiera querido limitar el alcance de su responsabilidad, debería haber condicionado la emisión de la fianza a un monto máximo; y como presidente de la sociedad estaba obligado a arbitrar los medios necesarios para que esta última no contraiga deudas más allá de lo aconsejable. Si nada de esto hizo, no puede luego solicitar la liberación de la fianza (art. 1111 Código Civil) con el argumento de que el banco otorgó crédito de manera abusiva.

En este sentido, resulta rescatable la decisión de la Cámara cuando sostiene que "resulta válida la renuncia efectuada por el fiador de prevalerse de la ausencia de comunicación del acreedor para el mantenimiento de la garantía cuando han cambiado las condiciones patrimoniales del afianzado, pues la obligación que se impone de exigirle autorización especial es de su exclusivo interés y se trata de una cuestión de libre disponibilidad de las partes." Conclusiones de ese tenor refuerzan la autonomía de la voluntad y reconocen efectos jurídicos a los compromisos de las partes, prescindiendo de la postura que fulmina de nulidad a cualquier renuncia efectuada por una persona capaz, por el mero hecho de que haya una entidad financiera como contraparte (22).

VI. Sobre créditos y "operaciones activas"

Luego de sentar los lineamientos para responsabilizar en líneas generales y, caso por caso —como bien remarca el juez opinante—, a un banco ante el otorgamiento abusivo de un crédito y, en particular, determinar cómo una fianza se extingue ante la ocurrencia de aquel supuesto, la sentencia establece que la culpa, como factor de atribución en el otorgamiento de créditos, aparece de ordinario ante la falta de cumplimiento de las

normas legales especiales que regulan la actividad bancaria sólo en lo que se conoce como "operaciones activas". En consecuencia, afirma, no es posible concebir un caso de responsabilidad bancaria por concesión abusiva de crédito con relación a la utilización de una cuenta corriente bancaria, toda vez que la "cuenta corriente bancaria no constituye un contrato de crédito en sí mismo... esto es, no constituye una "operación activa", sino que es un instrumento para el cumplimiento de otros contratos bancarios." Estas aseveraciones también merecen objeciones.

Si bien la doctrina ha desarrollado distintas formas de calificar las operaciones bancarias (23), la que ha resistido todos los embates y perdurado es la tradicional, que basándose en el concepto de crédito (operación bancaria por antonomasia), distingue entre operaciones activas, pasivas y neutras (24). Corresponde, entonces, primeramente analizar el concepto de crédito. Este puede ser encarado desde distintas ópticas. Si nos atenemos a la etimología del término, crédito proviene de credo, que no es ni más ni menos que confianza, tener confianza, entregar, prestar (25). Jurídicamente, sin embargo, la rica etimología de la palabra no es suficiente. Para el derecho, crédito no es ni más ni menos que la voluntad de una persona de devenir acreedor de una obligación postergada en el tiempo; de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. Se produce de esta forma un hiato entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, consecuencia del pactum de non petendo asumido por el acreedor. Y es esa pausa entre el do y el des la que justifica el pago de interés por parte del deudor. El interés es el precio del tiempo (26).

En base, como adelantamos, al concepto de crédito, las operaciones activas son aquellas en las que el banco otorga crédito (préstamos, por definición), mientras que en las operaciones pasivas lo recibe (depósitos, por definición). El interés que paga el banco por las operaciones pasivas es más bajo que el que recibe por las activas, de allí su ganancia. Estos dos tipos de operaciones se hallan íntimamente ligadas, al punto que reaccionan y están determinadas la una por la otra, siendo esto lo que explica el concepto de "multiplicador bancario": los préstamos que conceden los bancos vuelven al sistema financiero en forma de depósitos, aumentando la capacidad prestable de las entidades financieras (27). Así, las operaciones activas nutren a las pasivas en una suerte de círculo virtuoso que conforma el conocido "milagro del crédito".

En las operaciones neutras, por su parte, el banco no otorga ni recibe crédito sino que simplemente intermedia. No se trata de un universo residual, todo lo contrario. En los últimos tiempos, debido a la alta concentración e intensa concurrencia en la actividad bancaria, a lo que se agrega el desarrollo de nueva tecnología, se ha configurado un mercado bancario novedoso y dinámico, con productos que se podrían llamar no tradicionales tales como las tarjetas de débito, el dinero digital, el e-banking, los sistemas de atención telefónica y un largo etcétera (28). Todos estos productos que surgen del novel contexto descripto, constituyen operaciones neutras por esencia, y son muchas veces de las más importantes fuentes de ingresos de los bancos, sino las más importantes.

Como fue explicado por otros con claridad, el contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato autónomo en nuestro ordenamiento jurídico, que contempla la prestación de tres tipos de servicios: el de custodia, el de caja y el de cheque (29). El de custodia de los valores depositados fue en el origen el más importante. Con el tiempo, el de caja empezó a cobrar relevancia hasta convertirse en el principal, constituyendo aquel por el cual el banco no sólo debe recibir los valores que se depositen sino, y sobre todo, quizás, atender las órdenes de pago que instruya el cliente. Por último, el de cheque, como pacto accesorio y principal medio de utilización de la cuenta. Ahora bien, una cuenta corriente puede operar de dos maneras: con fondos suficientes, modalidad bajo la cual el cliente puede disponer del saldo en su favor inmediatamente y en cualquier momento (el banco se convierte en titular de los fondos depositados, y el cliente pasa a tener un crédito contra el banco), y sin fondos, modalidad conocida como "autorización para girar en descubierto", bajo la cual, el banco otorga crédito al cliente hasta determinada suma (no hay depósito de su parte) y sobre ese crédito el cliente puede librar cheques o impartir órdenes de pago. En este segundo caso existe crédito otorgado por el banco al cliente, por lo que sin lugar a dudas, estamos en presencia de una operación activa, de acuerdo a la tradicional clasificación antes expuesta. Más allá de que esta última no sea estrictamente jurídica, no sólo creemos que no es acertado sostener que sólo puede configurarse una situación de otorgamiento abusivo del crédito frente a operaciones activas (será ante la existencia de un crédito, en todo caso) sino que además, la "apertura de crédito" o bien "autorización para girar en descubierto" que parece haber existido en el caso que dio lugar al fallo bajo análisis es, sin dudas, una operación activa, porque, insistimos, existe crédito de parte del banco al cliente.

VII. Conclusión

El fallo anotado resulta elogiable en cuanto ratifica la validez de las garantías amplias u "ómnibus", aun cuando no se hubiere fijado el monto máximo o el plazo de duración, siempre que se haya establecido el criterio en base al cual se determina el compromiso del fiador (artículo 1988 del Código Civil), y en tanto no se haya configurado un vicio de la voluntad, abuso del derecho o lesión subjetiva. Resulta también encomiable que la Cámara reconozca los efectos jurídicos de una renuncia libremente efectuada por un fiador, en este caso por haber este último declinado el derecho a ser notificado previamente de la alteración de las condiciones económicas del deudor afianzado.

Por el contrario, resulta cuestionable que mediante una aplicación analógica y forzada del artículo 2043 del Código Civil, se pretenda extinguir los efectos de la fianza por el mero hecho de que la situación financiera del deudor se deterioró, porque es justamente esta eventualidad la que se quiso cubrir mediante la exigencia de la garantía. También es a nuestro juicio censurable que se tilde a la apertura de crédito en cuenta corriente como una operación neutra, ya que desde el momento mismo que el deudor hizo uso de los fondos que el banco puso a su disposición, la operación pasa a ser indudablemente una operación activa.

Por último, bregamos por una aplicación concienzuda de la figura del "otorgamiento abusivo de crédito", que tenga lugar caso por caso, demostrándose la configuración de los presupuestos de la responsabilidad, y acreditándose la existencia de una notable desproporción entre el monto prestado al cliente y la capacidad de repago exhibida por éste último.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) ANELLI, Franco, "La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento del crédito", en *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Ad - Hoc, 1999, p. 633. Ver también MARTORELL, Ernesto E., "Tratado de los Contratos de Empresa, Contratos Bancarios", T. II, Depalma, ps. 69 y 70.

(2) Artículos 14 y 17 de la Carta Magna. Ver GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)", La Ley, 2001. p. 97. Esta contradicción se presenta en nuestros días con notable actualidad a raíz de la última crisis económica desatada, entre otras cuestiones, por la burbuja crediticia en el mercado hipotecario de los Estados Unidos. Ver Semanario *The Economist*, "When fortune frowned", A special report on the world economy, 11 de Octubre de 2008.

(3) ANELLI, ob. cit., p. 634.

(4) BONFANTI, Mario, "Contratos Bancarios", Abeledo Perrot, 1993, p. 50.

(5) ANELLI, ob. cit., p. 642.

(6) Ver, por ejemplo, ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", Abeledo Perrot, 2001, ps. 159 y ss.

(7) Estos supuestos se presentaron en un caso bastante burdo conocido como "Establecimiento Metalúrgico Pecú S.A. s/ quiebra c. Permanente S.A. Cía. Financiera", publicado en E.D. 132-306 y ss.

(8) Ver artículos 116 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras.

(9) ANELLI, ob. cit., p. 649.

(10) RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, "Ley de Concursos y Quiebras", Rubinzal-Culzoni, Sante Fé, 2005, t. III, p. 137.

(11) *Idem*, p. 133.

(12) MANOVIL, Rafael M., "Grupos de Sociedades en el derecho comparado", Abeledo-Perrot, 1998, p. 773.

(13) RIVERA, ROITMAN y VÍTOLO, ob. cit., p. 533.

(14) ANELLI, ob. cit., p. 651.

(15) Ver RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil", Parte General, t. II, Abeledo- Perrot, 2004, p. 836.

(16) *Ibidem*.

(17) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los Contratos", Tomo 5, Parte Especial (4), Zavalía Editor, 1995, p. 190. Por la primera, el supuesto fiador se convertía en mandante del dador del préstamo; este último, en su calidad de mandatario, tenía la actio mandati contraria contra el mandante, para que éste le reembolsara lo prestado. El caso del fidejussor era, sí, más parecido a la fianza contemporánea.

(18) *Idem*, p. 196.

(19) RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil", Parte General, T. II, Lexis Nexis, p. 413. Este principio no está contemplado de manera expresa en nuestro Código Civil, como sí en el francés (2092), el italiano (2740) o el español (1911), pero se puede deducir de varias disposiciones, como el artículo 505.

(20) BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena I., "Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinal

y jurisprudencial", T. 4D, Hammurabi, p.468, donde se considera acertada la postura de Vélez y además se expresa que "el posible conocimiento que el fiador tenga de créditos de que dispone el acreedor contra el deudor al momento de celebrar el contrato de fianza puede haberlo determinado justamente a hacerlo, pensando que su pago podía estar garantido..."

(21) Ver, por ejemplo, el caso ya citado "Establecimientos Metalúrgicos Pecú", ED, 132-306 y ss.

(22) LORENZETTI sostiene que "Si bien todos los clientes que se relacionan con el banco soportan una desigualdad cognoscitiva, muchos de ellos pueden neutralizarla con recursos propios, como ocurre con la generalidad de las empresas...". LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los Contratos", Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 426.

(23) Para una exposición de diferentes clasificaciones, de autores italianos especialmente, ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, "Derecho Bancario, Introducción, Parte General", 5ª ed., Porrúa, 1978, ps 31 y ss.

(24) La Ley de Entidades Financieras emplea estos conceptos (por ejemplo, en su artículo 39).

(25) Cfr. Diccionario Ilustrado Latino — Español, Español — Latino, 18ª ed., Espes Vox, 1984.

(26) GARRIGUES, Joaquín, Contratos Bancarios, Madrid, 1958, p. 36 y ss. Ver también RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., ps. 14 y ss. Esta teoría se conoce como la del aplazamiento o dilación. Existen otras dos teorías que intentan explicar el concepto de crédito: la teoría del goce y la teoría del cambio. Para la primera el interés que se paga representaría el goce del capital; para la segunda, el crédito sería un cambio entre bienes presentes y futuros, y el interés sería la diferencia entre el valor de unos y otros. En este punto cabe recordar que el cobro de interés fue rechazado de plano por la doctrina escolástica porque se consideraba que solo Dios era dueño del tiempo, y empezó a ser aceptado recién a fines de la Edad Media, a través de justificativos jurídicos como el *damnum emergens* o el *lucrum cessans*. Al respecto ver SPIEGEL, Hery W., El Desarrollo del Pensamiento Económico, Omega, 2000, p. 91.

(27) GARRIGUES, ob. cit., p. 31.

(28) BARBIER, Eduardo A., "Contratación Bancaria", Astrea, 2002, T.1, ps. 13 y 17. Ver también BONFANTI, ob. cit., p. 34.

(29) FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial", T. III D (Actualización), Depalma, 1997, ps. 30 y ss.