

La responsabilidad en el derecho bancario*

Por Alejandro Drucaroff Aguiar

“El dogmatismo es un enemigo de la paz y una barrera insuperable para la democracia. En la época actual, tanto como en eras anteriores, es el mayor obstáculo para la dicha humana”
(Russell, Bertrand, *Ensayos impopulares*, Barcelona, Edhasa, 2003, p. 58).

1. Introducción

Comenzamos este trabajo planteándonos como interrogante si la problemática de la responsabilidad en el ámbito bancario justifica, por sus peculiaridades, un tratamiento específico.

La pregunta es pertinente habida cuenta de que las cuestiones a analizar encuadran en principios y normas de alcance general –principalmente del Código Civil– lo cual, *ab initio*, podría indicar que no es conducente ni útil encararlas desde una óptica particular.

Sin embargo y en paralelo, la actividad bancaria se realiza en un contexto de manifiesto interés público, sujeta a regulaciones propias, claramente diferenciadas, y las entidades financieras deben ajustar su actuación a determinadas pautas de profesionalidad y eficiencia, en función de su carácter de colectoras de fondos públicos. El pasado reciente en la Argentina y la actual crisis global –iniciada con la hecatombe del sistema financiero– son prueba acabada de su relevancia social.

Al mismo tiempo, las relaciones de las entidades con sus clientes presentan un abanico de posibilidades que merita una consideración puntual. En las últimas décadas la denominada “bancarización” se ha extendido a amplios sectores de la comunidad y en muchos casos –numéricamente sin duda mayoritarios– estamos en presencia de relaciones de consumo, sujetas por ende a las normas de defensa del consumidor, de raigambre constitucional y regulación legal.

No obstante, cuando la vinculación de las entidades se establece con empresas pequeñas, medianas o grandes, la situación planteada es diferente y cabe una consideración particular que, en gran medida, depende de las circunstancias del caso. Ello comprende aspectos fundamentales en materia de responsabilidad como, por ejemplo, las equivalencias o inequivalencias entre las partes.

Buscaremos pues que la respuesta a la cuestión esbozada al inicio surja como una conclusión del análisis que intentamos aportar aquí, explorando las características salientes de la responsabilidad bancaria y sus implicancias con clara finalidad pragmática, vale decir, con la mira puesta en las consecuencias concretas que de ello se desprenden.

* Extraído del artículo publicado en “Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 238, sep. oct. 2009, p. 348. [Bibliografía recomendada.](#)

No es ocioso puntualizar que procuramos un enfoque equilibrado, alejado en lo posible de prejuicios y de condicionamientos apriorísticos, en una materia que se presta a la polémica y a posiciones encontradas.

Como paso previo, entendemos necesario referirnos de manera sucinta a la trascendencia de la responsabilidad patrimonial en el contexto de nuestro tiempo y de la actual situación económica y financiera de un planeta globalizado que vive una de sus horas más críticas. Si, como regla general, carece de sentido el estudio del derecho fuera de su contexto histórico, el concepto es más válido aún en los momentos de crisis profunda, que junto a los pesares y las incertidumbres, nunca dejan de ser una oportunidad.

2. La responsabilidad y su trascendencia en la hora actual

a) Concepto

Sabemos que la responsabilidad es la contrapartida necesaria de la libertad. En términos del diccionario de la Real Academia Española, se trata de la atribución a un sujeto –esto es, a una persona física o jurídica– de las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Desde tiempo inmemorial, la responsabilidad se asocia a la obligación de reparar las consecuencias dañosas generadas a otras personas. Los célebres principios de Ulpiano consagraban –hace unos dieciocho siglos– el *alterum non laedere* y la inevitable obligación reparatoria que de ese precepto –no dañar al otro– deriva.

Se trata de una pauta de convivencia civilizada básica, fundacional, que cumple una doble función pues, de una parte, atiende la justicia del caso –satisfaciendo el *suum cuique tribuere*– con la indemnización integral del daño causado, mientras que, desde otra perspectiva, previene conductas futuras al anunciar que, quien genere daños –y se aparte así del *honeste vivere* que también postulaba el gran jurista romano– deberá responder por ellos.

Estos conceptos tan elementales pueden parecer obviedades de innecesaria mención, pero sucede que la complejidad de la vida en nuestros días es tal que, a nuestro criterio, se hace indispensable recurrir a ellos para enfrentar, desde el derecho, los graves problemas que la humanidad –irremediabilmente globalizada– tiene ante sí en este siglo XXI.

La atribución efectiva de la responsabilidad con cabal arreglo a las normas vigentes, es una herramienta fundamental con miras a encauzar las conductas dentro de la ley y ese objetivo asume en la hora actual una dimensión por demás trascendente¹.

¹ Mantiene plena vigencia la histórica recomendación del Congreso General Constituyente en su Manifiesto a los Pueblos de la Confederación, del 7 de marzo de 1854, donde con la mira en el bien común se aconseja obediencia absoluta a la Constitución y se recuerda que “Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”. En idéntico sentido decía Thomas Paine “en los países libres la ley debería ser el rey y no debería haber otro” (citado por Al Gore, *El ataque contra la razón*, Debate, 2007, p. 17).

A nuestro criterio el apartamiento del orden jurídico —o el franco desprecio hacia éste— ha sido clave para arribar al dramático momento que vivimos. Si algo llama poderosamente la atención en estos tiempos es la impunidad de que gozan los causantes de daños a la economía y las finanzas del globo —y, por cierto, a los miles de millones de seres humanos que lo pueblan—, fenómeno similar al de otros supuestos de igual gravedad como la corrupción.

Concordantemente, la vigencia efectiva del derecho constituiría un notable aporte para solucionar los grandes temas que comprometen el presente y el futuro. Desde ambos puntos de vista la temática específica de la responsabilidad resulta de esencial consideración.

b) La compleja sociedad moderna

En un trabajo anterior —acerca de la responsabilidad de los administradores y socios de sociedades comerciales²—, nos referimos a la paradoja planteada por el reconocimiento creciente del carácter operativo de los derechos y garantías consagrados por las leyes y su falta de concreción efectiva en los hechos, lo cual en muchos casos restringe a lo formal la consagración postulada en las normas.

Señalamos el contraste entre un ordenamiento jurídico que ha evolucionado en forma notable —y en un lapso temporal por demás breve, si se lo mide en función de la historia humana—³ y una realidad en la cual una amplia mayoría de la población —en el globo y en la Argentina— se halla excluida del goce real de los derechos que la ley —en teoría— les garantiza. Miles de millones de personas carecen de lo que —en palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia— son presupuestos mínimos para la dignidad humana en aspectos básicos como su alimentación, salud, educación, trabajo y seguridad⁴.

Asimismo, llamamos la atención sobre las fuertes tensiones derivadas de tal contradicción y el riesgo que ella implica para el propio sistema democrático de vida que nos rige⁵.

² Drucaroff Aguiar, Alejandro, *La responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año X, n° 12, p. 3.

³ Mencionamos como ejemplo en trabajos previos que —a excepción del último siglo y medio— hubo esclavitud legal durante los 10.000 años que definimos como historia y que los derechos de la mitad de la humanidad —las mujeres— fueron parcialmente reconocidos aun más tarde. El discurso de asunción del presidente estadounidense Obama sintetiza la idea, al subrayar un hecho extraordinario y conmovedor: “*que un hombre cuyo padre, hace menos de 60 años, no habría sido servido en un restaurante ahora está ante ustedes para prestar el juramento más sagrado. Así que, señalemos este día haciendo memoria de quiénes somos y de lo largo que ha sido el camino recorrido*”.

⁴ Felipe Pigna recuerda estas tan bellas como aleccionadoras palabras de García Lorca: “*Mientras haya desequilibrio económico, el mundo no piensa. Yo lo tengo visto. Van dos hombres por la orilla de un río. Uno es rico, otro es pobre. Uno lleva la barriga llena y el otro pone sucio el aire con sus bostezos. Y el rico le dice: ‘¡Oh, que barca más linda se ve por el agua! Mire, mire usted, el lirio que florece en la orilla’. Y el pobre reza: ‘Tengo hambre, no veo nada. Tengo hambre, mucha hambre’. Natural, el día que el hambre desaparezca, va a producirse en el mundo la explosión espiritual más grande que jamás conoció la humanidad*” (Federico, el poeta, en Buenos Aires, “Clarín”, 16/11/08).

⁵ Citamos al efecto la certera definición de Zygmunt Bauman “*sin derechos políticos, la gente no puede estar segura de sus derechos personales; pero sin derechos sociales, los derechos políticos seguirán siendo un sueño inalcanzable, una ficción inútil o una broma cruel para aquellos muchos*

También remarcamos que, junto al mayor desarrollo económico, científico y tecnológico de todos los tiempos, ha crecido geoméricamente la desigualdad. La apropiación de la riqueza se produce de un modo tan desproporcionado que asombra y resulta difícil de asimilar. No se trata de una opinión subjetiva sino de datos provenientes de organismos internacionales cuya confiabilidad no está en discusión⁶.

En suma, un sector porcentualmente minúsculo de la población –reiteramos, a nivel mundial como a nivel local– ocupa y ostenta, a expensas de los padecimientos de la mayoría, una situación de absoluto privilegio que le confiere una superioridad y poder evidente sobre el resto⁷. Goza de un nivel de vida que sería imposible materialmente extender al resto del orbe, pues para ello serían necesarios los recursos de –al menos– tres planetas como la Tierra⁸. Ello, además, se sustenta en el uso y goce –en muchos casos, abuso– de recursos naturales limitados que pertenecen al conjunto de la especie y pone al mismo tiempo en grave riesgo la continuidad de ésta a plazo preocupantemente breve, dada la afectación sustancial del medio ambiente y según las conclusiones de los más idóneos expertos⁹.

a quienes la ley, formalmente, les garantiza tales derechos” (*Tiempos líquidos*, Barcelona, Tusquets Editores, 2007, p. 94). Véase, asimismo nuestro trabajo *Seguridad y justicia: vivir y sobrevivir en el siglo XXI*, LL, 2007-B-1117.

⁶ Drucaroff Aguiar, *La responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales*, p. 3 y *Seguridad y justicia: vivir y sobrevivir en el siglo XXI*, LL, 2007-B-1117. En apretada síntesis y con datos de Naciones Unidas: el 10% de la población adulta del planeta posee el 85% de la riqueza global, dentro de ese pequeño grupo, el 1% se alza con el 40% del total. El 40% más pobre comparte el 1% del mismo total mundial (datos del estudio publicado el 5/12/06 por el Instituto Mundial para la Investigación de Desarrollo Económico de la Universidad de las Naciones Unidas –World Institute for Development Economics of the United Nations University, UNU-WIDER, www.wider.unu.edu–) Algo más de diez millones de personas –0,16% de la población del orbe– cuenta con más de un millón de dólares y unas cien mil poseen más de treinta millones de esa moneda –el 0,00154%–. Ese insignificante porcentaje de seres humanos cuenta con activos equivalentes a la quinta parte de la riqueza mundial (datos del informe del Boston Consulting Group en http://www.bcg.com/impact_expertise/publications/files/Global_Wealth_ES_Sept_2008.pdf. En el mismo sentido *Reporte mundial de la riqueza 2007*, publicado por Merrill Lynch y citado por Anne M. Merquier en <http://dechivolostamales.blogspot.com/2007/07/la-pandemia-del-dinero.html>). En la cúpula de la pirámide, 1125 “billionarios” –en términos estadounidenses– son dueños, cada uno, de más de mil millones de dólares (según lista de la revista Forbes de mayo 2008 en http://www.forbes.com/lists/2008/10/billionaires08_The-Worlds-Billionaires_Rank_print.html).

⁷ Al Gore señala “*el incestuoso apareamiento de la riqueza y el poder*” como la amenaza más grave para la democracia, denunciando el potencial de corrupción que deriva de esa unión, sucedida una y otra vez a lo largo de la historia. La contundente definición de Adam Smith en *La riqueza de las naciones*: “*Todo para nosotros y nada para los demás parece haber sido la máxima abominable de los amos de la humanidad en todas las edades del mundo*” (*El ataque contra la razón*, p. 84 y 86).

⁸ Zygmunt Bauman expresa: “*Los avances modernos no habrían siquiera empezado a producirse si se hubiesen admitido y reconocido, además de considerado y respetado seriamente, los límites de la capacidad de resistencia del planeta y si se hubiese dedicado al precepto de la universalidad e igualdad humanas algo más que ocasionales y superficiales palabras de apoyo*” (*Miedo líquido*, Bs. As., Paidós, 2007, p. 99 y 100). Véase, también, Hamilton, Clive, *El fetiche del crecimiento*, Pamplona, Laetoli, 2006, p. 181 y Singer, Peter, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 44.

⁹ En palabras del presidente Obama en su ya citado discurso de asunción: “*a aquellas naciones que, como la nuestra, gozan de relativa abundancia, les decimos que no nos podemos permitir más la indiferencia ante el sufrimiento fuera de nuestras fronteras, ni podemos consumir los recursos del mundo sin tomar en cuenta las consecuencias*”. Destaquemos que la gravedad de la situación am-

Este fenómeno no es fruto de la casualidad ni una consecuencia del curso natural de las cosas. Acumular riquezas, procurar sin medida ni límite el lucro, priorizar el éxito individual y dejar por completo de lado ideas de solidaridad o de integración comunitaria, abreviar tiempos y evitar esfuerzos prolongados centrándose en búsquedas de corto plazo, son los “valores” arraigados en la sociedad de las décadas recientes.

Ello se sustenta en conductas reñidas con la ley y con los derechos de los demás; en efecto, de no ser así, si las normas formalmente vigentes se cumplieran, las circunstancias descritas –y muy en especial, la gravísima crisis que actualmente conmueve los cimientos de la economía mundial– probablemente no habrían sucedido.

Por caso, la hecatombe financiera –y sus tan inevitables como brutales efectos sobre la economía planetaria– difícilmente hubiera sucedido si los responsables de la conducción de las grandes entidades –determinantes en el funcionamiento del sistema– no hubieran actuado priorizando sus intereses personales y grupales y desatendiendo con –cuanto menos– grave negligencia sus obligaciones para con las propias entidades, sus accionistas e inversores y la sociedad. Lo propio debe decirse de los organismos de contralor públicos y de las calificadoras de riesgo que, respectivamente, permitieron operatorias de riesgo desmedido y efectos previsibles o les otorgaron la credibilidad sin la cual no hubieran podido desarrollarse.

La evasión fiscal es otra evidencia decisiva de lo que expresamos. La grave violación del deber básico de contribuir a la existencia de una sociedad organizada, a expensas de la cual se obtienen las ganancias sustraídas por los evasores, actualmente constituye un objetivo prioritario para los acaparadores de la riqueza mundial y se la planifica cuidadosamente, dedicando a ello ingentes recursos y esfuerzos. Sus obvios efectos son acrecentar la desigualdad y disminuir aún más los escasos medios de vida de los miles de millones de personas que, claro está, no tienen la chance de evadir.

Por otra parte, la creciente y desmedida concentración de poder –económico y, de modo paralelo y natural, político– que todo ello implica, desnaturaliza la esencia del sistema jurídico, en especial la del Estado de derecho democrático. No se trata de apreciaciones subjetivas o de hechos que dependan del cristal con que se los mire. Las cifras son abrumadoras y debatir sin tenerlas presente en todo momento conlleva, simplemente, apartarse de la realidad.

Ningún razonamiento teórico puede eludir que el 10% de las personas posee el 85% de la riqueza, que los poseedores de fortunas superiores a 30 millones de dólares estadounidenses son apenas 100.000 en todo el mundo y que 1125 se apropian de más de 1000 millones de la misma divisa cada uno. El concepto y el rol del “mer-

biental es por demás conocida, en especial el fenómeno del calentamiento global y la huella ecológica causada por la actividad humana. Reseñamos parte de los copiosos antecedentes científicos en la materia y analizamos sus implicancias en *Seguridad y justicia: vivir y sobrevivir en el siglo XXI, LL*, 2007-B-1197 y *Calentamiento global: responsabilidades y acciones. Ante la tragedia, el derecho*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 7, set. 2006.

cado”¹⁰, los atributos o funciones que se le atribuyen o las expectativas en él puestas, según las diferentes teorías económicas, quedan así claramente condicionados.

A más de esa brutal concentración, la globalización ha contribuido significativamente a abrir las puertas para la veloz circulación del capital, carente de controles ante la falta de una autoridad política con facultades suficientes en el ámbito internacional. El mundo es un escenario único donde reina una versión “salvaje” del capitalismo alejada de sus principios de origen, de la creación de riqueza, que no genera en absoluto “derrames” hacia la comunidad ni expansión productiva¹¹.

Contribuye a ello la crisis del Estado-Nación el cual, carente de capacidad suficiente para cumplir con sus deberes, peca por defecto de poder, lo que muchas veces transforma a las garantías constitucionales en una simple expresión de deseos¹².

Sin consideraciones de largo plazo, los grandes factores de poder económico –vale repetirlo, generalmente vinculados al poder político– operan al margen de las posibilidades de control de los Estados, utilizando los paraísos fiscales como base de apoyo y las sociedades *off shore* como instrumentos. Dichos espacios “extraterritoriales” son también lugar propicio para los peores males de la sociedad en la que vivimos: la corrupción, el terrorismo, el tráfico de armas y drogas, la delincuencia organizada a nivel internacional y el fraude fiscal al que antes nos referimos¹³.

Es conveniente aclarar que no sostenemos una versión “conspirativa” ni la existencia de un “plan siniestro” organizado por quienes ejercen –directa o indirectamente– posiciones de decisivo poder. Lo nefasto es el modo en que esa cultura –la de la riqueza súbita, la que coloca al consumo en el altar, la que niega el valor del trabajo y el esfuerzo a largo plazo, la del individualismo exacerbado, la que ignora la solidaridad, la que soslaya cada vez que puede el cumplimiento de la ley e ignora su espíritu– ha hecho carne en la sociedad moderna.

No se trata de personas o grupos de personas de maldad intrínseca sino de que –en este contexto cultural– las conductas descriptas son impunes. El dinero y el poder permiten a sus dueños colocarse al margen del orden jurídico –disperso y ca-

¹⁰ Entrecomillamos el término “mercado” porque semejante nivel de concentración y de desigualdad, sumado a las asimetrías en aspectos tan vitales como la información, lo desvirtúan y obligan al replanteo de ese vital concepto económico.

¹¹ Luigi Ferrajoli, quien sostiene que: “*En ausencia de una esfera pública mundial, el efecto más evidente de la globalización es el crecimiento constante de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que considera inevitables a la miseria, al hambre, a las enfermedades y a la muerte de millones de seres humanos considerados sin valor*” (*Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización*, LL, 2005-F-1199). En los últimos meses es coincidente la opinión de los organismos internacionales (comenzando por el FMI y Banco Mundial) y la de los altos funcionarios de los países que integran el G-20, quienes remarcan la necesidad imperiosa de un marco normativo internacional capaz de controlar los desbordes financieros de la globalización. Aunque sea inexplicable la tardanza en comprender este problema hay que remarcar lo positivo de encararlo.

¹² Gerscovich, Carlos G., *Las últimas crisis financieras globales. Primera parte (julio/agosto de 2007, enero de 2008 y continúan)*, RDCO, n° 232, set.-oct. 2008, p. 587.

¹³ Desarrollamos el tema en *Sociedades off shore: herramientas para el ilícito*, “Revista Foro de Derecho Mercantil”, n° 12, Legis, 2006 y *Supresión de las sociedades radicadas en jurisdicciones de baja o nula tributación*, ponencia al “X Congreso Argentino de Derecho Societario” y “VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, 2007, Libro de Ponencias, t. IV, p. 387.

rente de imperio real sobre las actividades globalizadas–; a partir de allí el mensaje penetra en la sociedad y la consigna natural es el sálvese quien pueda.

¿Implica esto un juicio negativo concluyente sobre la globalización? Ciertamente no. Lo es, en cambio, sobre el modo en que se ha producido durante las últimas décadas, desarrollada fuera de toda regulación de carácter universal y en evidente detrimento de la posibilidad de vigencia real de las normas propias de cada Estado. Muy distinto sería si pudiéramos hablar de aquella unificación de la especie humana a través de la ciudadanía común y por supremo designio de la naturaleza, en la cual pensaba Kant dos siglos atrás.

Cabe preguntarse cuál es el rol del derecho en semejante contexto. Es por demás conocido que no hay posibilidad de convivencia humana sin un marco jurídico adecuado y que éste no es un objeto en sí mismo o un ideal supremo –cuestión que puede debatirse eventualmente en el terreno filosófico– sino una desesperada necesidad para que la vida en sociedad transcurra por carriles confiables y seguros dentro de los cuales puedan desarrollarse los individuos.

Pues bien, de eso carecemos –y es causa fundamental de nuestra problemática actual– desde dos perspectivas: por una parte a causa del incumplimiento de las normas existentes y por la otra por la inexistencia de una adecuada regulación supranacional –y de tribunales con imperio cierto– para situaciones que –en forma inevitable e irreversible– escapan por completo a las jurisdicciones locales.

Dicho con las palabras de Bauman –quien hace largos años denuncia el problema y su solución–: *“No existen soluciones locales para problemas generados globalmente... la globalización ha alcanzado un punto sin retorno... tarde o temprano tendremos que sacar conclusiones de nuestra dependencia mutua irreversible. Si no lo hacemos, todos los beneficios que disfrutaban los grandes y los poderosos en situación de desorden global (encontrando ofensivo y resistiendo por esta misma razón cualquier intento de crear instituciones planetarias de control democrático, de ley y de justicia) se seguirán obteniendo a un coste enorme para la calidad de vida y la dignidad de un número inmenso de seres humanos, y se echará más leña al fuego de la inseguridad y la fragilidad, ya formidables, del mundo que todos habitamos”*¹⁴.

Prueba clara de lo expuesto es el consenso existente en la actualidad en orden a la necesidad urgente de un marco regulatorio internacional a nivel económico y financiero, tardíamente comprendido por los gobiernos de los Estados más desarrollados, en gran parte a causa de la desesperación que genera la crisis. De las medidas concretas que se adopten dependerá, en alto grado, la chance de revertir la delicada situación expuesta.

c) La crisis financiera global

Quizás sea la crisis financiera global desatada brutalmente en 2008 la mayor evidencia del cuadro de situación esbozado en los párrafos que anteceden, ya venida en abierta crisis de la economía real.

Tras décadas de imprevisión, de descontrol regulatorio, de “liberar” actividades como la financiera –donde el interés público es indiscutible–, dejándola librada a los

¹⁴ Bauman, Zygmunt, *Identidad*, Bs. As., Losada, 2005, p. 189.

“límites” que pudieran autoimponerse sus operadores –cuya contradicción de intereses con los públicos no hace falta recalcar–, la economía mundial se precipita hacia un deterioro todavía invaluable aunque fuera de duda enorme.

Lo que fue en el inicio un cataclismo de las finanzas se ha convertido en el mayor impacto habido desde la tristemente célebre “gran depresión”, sin que aún sea factible estimar su alcance final.

Estamos ante un retroceso de décadas en los indicadores macroeconómicos, ante la desaparición de empresas y grupos con trayectorias históricas, ante la debacle de países enteros exhibidos hace pocos años –o incluso meses– como modelos de crecimiento virtuoso que hoy se asoman al default y sus desastrosas derivaciones.

Detrás de esos conceptos “técnicos” vienen las duras realidades que golpean al común de la gente y, naturalmente, impactarán mucho más a los eslabones débiles de la cadena. Hablamos, por supuesto, de las pérdidas de millones y millones de puestos de trabajo, de las serias reducciones presupuestarias que de modo obligado afectarán la salud, la educación, la seguridad, la dignidad de la vida de la inmensa mayoría de las personas.

Esas pérdidas gigantescas, aún imposibles de mensurar con alguna certeza, serán –de hecho ya lo son– asumidas por la sociedad en su conjunto. La hipoteca contraída para ello no se limita a algunos años en la vida de quienes la tomamos; las generaciones futuras –en las cuales poco y nada se ha pensado en estos tiempos de salvaje abuso sobre la naturaleza, por ejemplo– vivirán condicionadas por las tristes consecuencias de nuestro tiempo.

En estos meses el pánico invadió ante todo a quienes tenían más por perder. Incluso algunos de los más acérrimos enemigos de la “intervención estatal” clamaron por el “rescate” de los gigantes financieros en derrumbe, aunque –por incomprensible que parezca– no se privaron de repudiar las pequeñas restricciones establecidas para las remuneraciones siderales de los ejecutivos que condujeron el barco al naufragio¹⁵.

Los análisis a posteriori indican que el extraordinario derrumbe de los mercados fue en alto grado consecuencia del estallido de una “burbuja” financiera iniciada a fines de los 80, con la ola de “liberalización” (término que también conviene entrecomillar) y desregulación financiera. Así el valor de los activos financieros globales

¹⁵ La defensa a ultranza de los privilegios de los principales beneficiarios y responsables es sorprendente. Los medios reflejaron duras críticas en Estados Unidos de América a la decisión gubernamental de limitar las remuneraciones de los ejecutivos de compañías auxiliadas por el Estado a “apenas” U\$S 500.000 anuales. Las noticias periodísticas también informaron sobre los intentos de los ejecutivos de Lehman Brothers para percibir hasta el último centavo de los “bonus”, aun después de la caída de esa entidad. Otras detallan cómo se les siguen pagando sueldos, brindando despachos, secretarías y hasta uso de aviones de las corporaciones años después de su desvinculación (véase la nota que involucra a varias de las mayores entidades estadounidenses en <http://www.clarin.com/diario/2009/02/19/elmundo/i-01861770.htm>). Sir Fred Godwin, CEO del Royal Bank of Scotland al cual condujo gallardamente a perder unos 34.000 millones de dólares que afrontará el Estado (y al inminente despido de 20.000 empleados), se mostró “horrorizado” ante la perspectiva de que el gobierno británico pretenda dejar de abonarle su pensión de U\$S 930.000 anuales, otorgada al momento de negociar su retiro cuando ya se había iniciado la crisis (véase <http://www.clarin.com/diario/2009/02/27/elmundo/i-01866772.htm>).

pasó de ser un 20% más que el PBI mundial a multiplicar por tres el mismo indicador mientras que los movimientos de capital transfronterizos se multiplicaron por cuatro entre 1990 y 2007.

La conclusión es obvia: ni el crecimiento de los activos financieros respecto de la actividad real ni el del endeudamiento podían ser eternos. El ajuste era inevitable, lo que equivale a decir que la catástrofe actual pudo –y debió– preverse, a tal extremo que se registran advertencias especializadas diversas, ignoradas con manifiesta irresponsabilidad por los principales actores del ambiente financiero y por los funcionarios responsables del contralor¹⁶.

No fue la mera imprevisión el motivo principal de aquellos comportamientos. La “fiesta” continuó mucho más allá de lo posible porque sus partícipes recibían escandalosos beneficios que bien justificaban ignorar los riesgos, incluso cuando se hicieron demasiado evidentes. Por caso los cinco principales bancos de inversión virtualmente quebrados habían distribuido utilidades por 37.000 millones de dólares en 2007, cuando ya se avizoraba la crisis. Los CEO seguían cobrando bonos por centenares de millones de dólares anuales y “derramaban” algo de esa riqueza mal habida hacia los empleados de sus compañías, a punto tal que la secretaria ejecutiva peor paga de la filial londinense de AIG alcanzaba un ingreso anual de 650.000 dólares¹⁷.

La evidente insuficiencia de los controles sistémicos abrió además la puerta a gigantescos fraudes, que perjudicaron a miles de ahorristas e incluso a instituciones de bien público. Nombres como Madoff y Stanford simbolizan tales maniobras fraudulentas, sin que podamos aún saber qué porción del iceberg ha salido a la superficie. Sistemas financieros que eran exhibidos como “modelos” por los organismos internacionales –v.gr., Islandia¹⁸ o Irlanda entre muchos otros– se derrumban cual castillos de naipes sin sustento.

¹⁶ Sevares, Julio, *Las cifras de la burbuja financiera*, “Clarín”, 16/2/09, resume estos datos con citas de informes del Mckinsey Global Institute (octubre 2008), el Banco de Pagos Internacionales (BIS) y de Foster y Magdof (Financial Implosion and Stagnation, Monthly Review, diciembre 2008). Entre las advertencias refiere las del informe International Capital Markets del FMI (1999), del mencionado BIS y de Paul Volker, para concluir expresando que “*nadie quiere escuchar ‘aguafiestas’ en el auge de la diversión*”. Es oportuno recordar las palabras del Premio Nobel de Economía Paul Samuelson dichas unos meses antes del estallido (*La herencia de Reagan y los Bush*, “Clarín”, 24/2/08, p. 4): “*Cuando los donativos para campañas electorales que les hicieron los lobistas paralizaron sus conciencias, la estirpe de los Reagan-Bush debilitó los controles de la Comisión de Valores frente a las prácticas contables deshonestas. Tenían que saber que si se agita un vacío jurídico delante de un CEO –sea humano, chimpancé o robot– va a tratar de meterse en él. Millones en todo el mundo han sido las víctimas. Pero la mayoría de los CEO –al menos los que no van a ir a prisión– pueden sonreír mientras se dirigen al banco después de haber cobrado sus multimillonarias indemnizaciones por despido y sus stock options*”.

¹⁷ Datos aportados por Scibona, Néstor O., *El sismo financiero que sacudió al mundo*, “La Nación”, 16/3/09, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1108855.

¹⁸ El caso de Islandia es realmente llamativo; un país de apenas 312.000 habitantes, convertido en centro financiero *off shore*, llegó a ser el de mayor nivel de vida del mundo para precipitarse en situaciones como el default, el desempleo, las hipotecas de las viviendas impagas y los cacerolazos, que tan bien conocemos en estos lares. Véase la crónica de Idefe, Martín, *Catastrófica caída del país que, según la ONU, tenía el mejor nivel de vida*, <http://www.clarin.com/diario/2009/02/27/elmundo/i-01866771.htm>.

La llamada “burbuja” inmobiliaria, uno de los aspectos cruciales que llevaron al desmoronamiento de los mercados, muestra a qué punto la irresponsabilidad y la ambición sin el menor atisbo de medida, la total despreocupación por todo lo que no fuera ganar cifras siderales en lapsos cada vez más breves y despreciando los riesgos, dominaron la operatoria del “mercado” en beneficio, claro está, de los ya mentados –y muy escasos– privilegiados que lo controlan.

El uso de modelos matemáticos muy sofisticados, que muchas veces ni siquiera comprendían los encargados del control público, alegremente validados por las calificadoras de riesgo¹⁹ –devenidas en sacerdotes supremos cuyo aval santificaba el producto– alejó todavía más la chance de un límite racional. Los mecanismos de apalancamiento conformaron otra herramienta para la creación artificial de riqueza y la traslación del riesgo.

En este punto es importante remarcar la importancia vital que asume en la actualidad el manejo de la información y la necesidad de transparencia, honestidad y claridad –requerimientos indudables para la existencia de buena fe–, como condiciones para asegurar los derechos de las partes y la toma de decisiones sobre parámetros reales.

La complejidad de la vida en nuestros días, los avances tecnológicos constantes y diversidad de otros factores generan permanentes asimetrías de información que, como evidente resultado, colocan a quien la maneja en una posición de abierta superioridad sobre quien la ignora. Muchos de los abusos, fraudes y engaños perpetrados contra millones de personas –e incluso la prolongación en el tiempo de una situación financiera que fatalmente debía concluir en la hecatombe actual– se sustentan en esas asimetrías²⁰.

Una mirada desde el derecho resalta el contraste entre el marco jurídico y la realidad descripta. El interés público –el de la sociedad– cuya relevancia en materia de sistema financiero y actividad bancaria es claramente indiscutible, brilla por su ausencia en este período.

Dos han sido los factores decisivos que posibilitaron el desastre: la descalificable tarea de los organismos de contralor y la conducta abusiva de quienes conduje-

¹⁹ De las decenas de trabajos y notas vinculadas con el rol de las calificadoras de riesgo, citamos el de Gretchen Morgenson para “The New York Times”, *Aplazo a las calificadoras de riesgo por ocultar la crisis*, recogida por “Clarín”, 14/12/08. Se destaca allí que, en función de la multiplicación geométrica de sus ingresos, “*las agencias de calificación de crédito soslayaron inmensos problemas en relación con los títulos vinculados a hipotecas que bendijeron*”. Véase, también, Gersovich, *Las últimas crisis financieras globales. Primera parte (julio/agosto de 2007, enero de 2008 y continúan)*, RDCO, n° 232, set.-oct. 2008, p. 587, quien resalta la responsabilidad de las calificadoras como co-causantes de la crisis.

²⁰ Eduardo Conesa efectúa un amplio análisis de estos temas y de los denominados productos “derivativos”, de tan nefasto papel en la crisis. Vale la cita textual referida a los grandes operadores financieros: “*Pudieron realizar todas estas trapisondas porque estaban supervisados por la SEC, la Securities and Exchange Commission que, asustada por las fórmulas matemáticas y pseudo científicas de los aparentemente brillantes y jóvenes operadores de dichos bancos, omitió pedir explicaciones detalladas. La propia postura liberal anti-intervencionista de Alan Greenspan referida antes, ayudó a la construcción no supervisada del castillo de naipes. Los mismos bancos hoy no conocen su grado de compromiso con la estafa financiera de cada uno de ellos*” (*La crisis financiera internacional actual y su impacto en la Argentina*, LL, 2008-F-1046).

ron las entidades financieras, éstos con la mira puesta en intereses personales o grupales.

Ambos requieren hacer efectivas las responsabilidades consiguientes, en particular –es nuestro tema– las patrimoniales. Sin pretender –por el objeto del presente trabajo– una profundización de tales cuestiones, enfatizamos la estricta justicia de procurar que los causantes de los daños, por acción u omisión, respondan con su peculio para resarcirlos, tanto para –al menos– aligerar el durísimo esfuerzo que la sociedad debe hacer como para sentar pautas de un cambio indispensable en lo que hace a someter a la ley a todos los seres humanos, suprimiendo definitivamente los privilegios.

No dudamos que el enfoque ético del problema es necesario; diversos pensadores han hecho su aporte al respecto y será preciso ampliar y desarrollar ese debate. Con énfasis y compromiso se ha dicho que *“los fatales instintos humanos de la avaricia y la soberbia sólo se pueden dominar mediante algunas normas éticas fundamentales”*, ello en el contexto de la directriz –compartida por las mejores tradiciones éticas y religiosas– del *“No robarás!”* y de que *“nadie tiene derecho a utilizar sus posesiones sin considerar las necesidades de la sociedad y del planeta”*²¹.

Con la autoridad moral que le confiere su trayectoria y experiencia personal, el Premio Nobel de la Paz Muhammad Yunus llama a aprovechar la oportunidad para desarrollar un sistema financiero *“para el pueblo”*, alerta sobre crisis de mayor gravedad como las de la alimentación, la energía y el clima y denuncia que *“la economía actual está orientada únicamente hacia la búsqueda de un máximo de ganancias”*, con desprecio de todo otro valor²².

No obstante y más allá del reproche ético, hay que acentuar que las conductas de los responsables implicaron diversas violaciones a las normas aplicables y obligan a sus autores a afrontar las consecuencias pecuniarias respectivas, con independencia de las otras sanciones que jurídicamente correspondan. Como anticipáramos, es llamativo que esta cuestión central aún no haya sido planteada al debate público ni se conozcan acciones concretas conducentes a hacer efectivas las responsabilidades, no obstante las duras críticas de amplios sectores hacia los principales causantes de los daños.

Se habla, con lógica indignación, de las incalificables conductas de los altos ejecutivos que siguen cobrando sus bonus y retiros aun a expensas de los aportes que los Estados deben efectuar para que las compañías –que ellos quebraron– subsistan. Los escándalos se suceden en AIG, Lloyds Bank y tantas otras entidades y los gobiernos hablan de encontrar formas de impedir que semejantes despropósitos

²¹ Küng, Hans, *Es hora de que la ética ayude a superar la crisis*, “Clarín”, 21/2/09. Es notable la similitud entre conceptos como el transcripto y otros vertidos por algunos de los grandes pensadores de la historia. Hace más de dos mil años Lucrecio hablaba de *“la avaricia y la ciega ambición de honores que a míseros hombres obligan a transgredir los límites de la ley y a que a veces, como cómplices e instrumentos de crímenes, se afanen noche y día con extraordinario esfuerzo por elevarse a los supremos poderes; estas llagas de la vida las alimenta en no pequeña medida el miedo a la muerte”*, y agregaba luego: *“agitados de falso miedo... cimentan en sangre ciudadana su fortuna y avarientos tesoros amontonan, maldad sobre maldad acumulando”* (*De rerum natura*, Cátedra, 1999, p. 189 y 190).

²² Yunus instó a crear un sistema financiero para el pueblo, “La Nación”, 17/3/09, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1109422&pid=6036955&toi=6263.

abusivos se sigan concretando. Pese a eso no se habla de la responsabilidad de los directivos –y por supuesto, de las mismas compañías– por los daños causados, a sus accionistas, a sus inversores y al Estado como representante de la sociedad en su conjunto²³.

Esa es pues una cuestión central a determinar y resolver. A título de simple enumeración –preliminar y abierta al intercambio de ideas– postulamos que deben dilucidarse las responsabilidades de las entidades financieras y las personales de sus directivos por gestiones imprudentes o dolosas en el diseño e instrumentación de las políticas y operaciones crediticias, por los notorios conflictos de intereses derivados de su forma de retribución, por la omisión de adoptar medidas para evitar el agravamiento de la crisis –cuando era evidente su magnitud–, por el ocultamiento de situaciones de cesación de pagos, por la afectación de la transparencia exigible en los mercados, todo eso sin perjuicio de las responsabilidades específicas a establecer con relación a la extensa lista de fraudes perpetrados puntualmente contra los Estados y contra los particulares.

Lo propio debe ocurrir con los responsables de las calificadoras de riesgo, que avalaron con su decisivo rol calificador la circulación de productos financieros cuya toxicidad era notoria.

En lo relativo a los funcionarios públicos que incumplieron el contralor a su cargo, como individuos –y según las circunstancias de cada caso y la normativa vigente a su respecto– pueden resultar responsables civilmente ante el Estado al cual sirven y también ante las personas dañadas, supuestos en los cuales corresponde la promoción de los reclamos patrimoniales pertinentes²⁴.

Las víctimas –es decir, cada Estado y su sociedad, los accionistas de cada compañía, los inversores y demás afectados– tienen incuestionable derecho –en el caso del Estado, también obligación– a ejercitar las acciones que les caben, en tanto se configuren los presupuestos de la responsabilidad lo que, prima facie, aparece como muy factible. Una especial evaluación merecerán los numerosos casos en que el público debió invertir fortunas gigantescas para enjugar las pérdidas y evitar perjuicios aun mayores.

La cuestión merece un debate amplio que permita encuadrar, por ejemplo, la antijuridicidad palpable de las conductas que concibieron las denominadas hipotecas “ninjas” (“*no income, no job, no assets*” vale decir, beneficiarios sin ingresos, trabajo ni activos), las otorgaron en forma masiva y, finalmente, las securitizaron –ocultándolas

²³ Las críticas –algunas de ellas mencionadas precedentemente– se han centrado por lo general en el cobro por los altos ejecutivos de sus multimillonarias pensiones y compensaciones. El gobierno estadounidense reclamó un tope a las remuneraciones en las compañías auxiliadas por el Estado, con particular énfasis en el caso AIG (*El pago de bonificaciones desata una tormenta contra AIG. Ejecutivos recibirían US\$ 450 millones, pese a cuantiosas pérdidas*, “La Nación”, 16/3/09, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1108964) y el gobierno británico hizo algo parecido en casos puntuales. Gretchen Morgenson analiza el tema en “The New York Times”, *Luego de las grandes pérdidas, pagarán los ejecutivos* (“Clarín”, 28/2/09, p. 1), donde reseña las bonificaciones por centenares de millones de dólares percibidas por los ejecutivos de siete grandes instituciones financieras quebradas, vendidas a precio de liquidación o en rescate por el Estado, que acumulan pérdidas por 107.000 millones de dólares desde 2007.

²⁴ En *Responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, LL, 2007-F-1258, nos referimos extensamente a la cuestión desde el punto de vista de la normativa vigente en nuestro país.

o disimulándolas en gigantescos paquetes de créditos generosamente “calificados”–, transfiriendo la totalidad del riesgo a terceros desinformados –rectius, engañados– mediante mecanismos cuyo fin teórico era asegurar transparencia y legítima confianza.

Otro caso es el de las entidades que intermediaron y colocaron, con pingües beneficios e imprudencia notable, sin siquiera indagar la seriedad y garantías de los “productos” que promovían, fondos o valores provenientes de algunos de los gigantescos fraudes que mencionamos. No sorprende –pero es por demás sugestivo– que varias de ellas empiecen a proponer a los damnificados directos hacerse parcialmente cargo de las pérdidas.

Al margen de la procedencia de las acciones indemnizatorias como vía para reparar los daños causados por culpa o dolo, señalamos que la posibilidad de que personas que obtuvieron lucros extraordinarios sobre la base de conductas legalmente reprochables –causando cuantiosos daños al resto de sus semejantes– queden exentas de toda responsabilidad y sigan disfrutando sus fortunas mal habidas, implicaría desvirtuar la esencia misma del contrato social y afectar los cimientos del Estado de derecho²⁵.

Está en juego también la seguridad jurídica, claramente asociada al interés general y a la equidad, que le dan su sentido más profundo. Como dijimos en un trabajo anterior²⁶ la existencia de reglas claras, ajustadas a un ordenamiento jurídico democrático que propicie el crecimiento económico con equidad y asegure la libertad, es básica para poder hablar de seguridad jurídica. A partir de allí lo que confiere previsibilidad y certeza a las personas es que las normas se cumplan sin privilegios ni impunidad, sea ésta penal o patrimonial.

Sin embargo, lo dijimos, nada de esto parece haberse analizado ni propuesto en las esferas gubernamentales, en particular en las de los países más desarrollados donde sucedieran los principales hechos generadores de la crisis. Fuera de las críticas éticas de voces calificadas no se conocen acciones concretas –públicas ni privadas– que demanden condenas reparatorias contra las personas –jurídicas y físicas– autoras de los ingentes perjuicios individuales y colectivos.

Todo indica, al menos hasta ahora, que los responsables –por acción u omisión– quedarán impunes, libres además de responder con su patrimonio, salvo quizás algún caso aislado, y para gozar de las fortunas edificadas mediante sistemas de retribución absurdos e injustificables, recibidas mientras simultáneamente su gestión llevada a la destrucción a las empresas que dirigían.

La reunión de los jefes de Estado del denominado G-20 –Londres, 2/4/09–, del cual forman parte los países de mayor desarrollo y poder económico, llama a reflexionar sobre sus conclusiones y resultados.

El documento final reconoce el origen de la crisis en la búsqueda desmedida e imprudente de mayores rentabilidades sin evaluación adecuada de los riesgos. Men-

²⁵ Dice David Brooks que “Nuestra moral y sistema económico están basados en la responsabilidad individual... en la idea de que las personas tienen que vivir con las consecuencias de sus decisiones... Esto significa que la sociedad tiende a hacer justicia y las personas obtienen lo que merecen tanto como sea posible” (*Money for idiots*, “The New York Times”, 18/2/09).

²⁶ Seguridad jurídica e interés general, en “Sociedades ante la IGJ”, Bs. As., La Ley, 2005.

ciona “*las poco sólidas prácticas de gestión del riesgo, los crecientemente complejos y opacos productos financieros y el consecuente excesivo apalancamiento*” y atribuye responsabilidad a “*las autoridades, reguladores y supervisores*” que “*no apreciaron ni advirtieron adecuadamente de los riesgos que se creaban en los mercados financieros*”.

Es positivo el reconocimiento del problema y la identificación de alguna de sus causas, pero resalta la insuficiencia y relativa superficialidad de la crítica ante una situación de la gravedad y profundidad por la que atraviesa el planeta.

Pese a ello debe destacarse la aparente comprensión –en palabras del premier británico Gordon Brown, vocero de la cumbre– de que “*en esta era global nuestra prosperidad es indivisible*” y que “*son necesarias soluciones globales a los problemas globales*”. Sólo una regulación en el orden internacional y la creación de organismos y mecanismos legales que la hagan obligatoria, podrá impedir que se repita este nefasto descontrol que destroza la economía y castiga a la población.

En lo referente al salvataje de entidades financieras con fondos públicos, su análisis desde lo jurídico obliga a subrayar que por este medio no se puede beneficiar a los dueños de aquellas compañías.

Estos –dentro de la lógica del sistema capitalista y, lo que importa mucho más, de las leyes– deben asumir las pérdidas como cualquier otro afectado por una situación falencial. Lo contrario, es decir, rescatar a las entidades –indudablemente quebradas– con dinero de la comunidad y dejarlas en manos de sus antiguos dueños, implicaría legalizar un privilegio tan escandaloso como ilícito, violatorio de los principios y garantías fundamentales del Estado de derecho.

El aporte estatal –sólo justificable por la necesidad de atender al interés general– debe ser retribuido con la participación accionaria correspondiente, a cuyo fin es igualmente preciso establecer el valor real de las compañías en términos razonables y justos, lo que, por supuesto, no puede hacerse sin considerar su valor actual de mercado.

d) Paraísos fiscales y sociedades “off shore”

En otro orden de ideas, merece una breve reflexión –por su importancia estructural para la violación permanente de las normas jurídicas y por la magnitud de las sumas que a través de ellos se canalizan– la cuestión de los paraísos fiscales y las sociedades *off shore*²⁷.

Destacamos oportunamente –al igual que calificada y numerosa doctrina– que esos entes son verdaderas herramientas para el ilícito, para cuya conformación no hay motivos posibles que no ostenten algún grado de ilicitud. Es importante resaltarlo a riesgo de ser reiterativo: las razones que llevan a conformar entes ideales cuyos titulares se ocultan, en ámbitos de escasa o nula tributación y notoria ausencia de contralor, no pueden tener otro sentido que eludir responsabilidades legalmente exi-

²⁷ La referencia a sociedades *off shore* comprende no sólo a las que tienen prohibido actuar en la jurisdicción donde se constituyen sino a las que, aunque tengan alguna actuación allí, se hayan constituido en paraísos fiscales con miras al ocultamiento de su composición accionaria y a la actuación extraterritorial.

gibles –ante la sociedad toda a la que se defrauda fiscalmente, ante terceros acreedores actuales o potenciales– o blanquear dineros cuyo origen es imposible declarar por su ilegalidad –nuevamente: por no haberlo declarado fiscalmente o por provenir de la corrupción, el narcotráfico, el tráfico de armas o el terrorismo–.

Por otra parte es sabido que no ha habido fraude ni escándalo financiero –con miles y miles de víctimas, entre tantos otros: Worldcom, Parmalat, Enron, Stanford– en los que no hayan sido vitales estos instrumentos carentes hoy de toda justificación posible dentro del marco jurídico.

Se trata de un aspecto crucial del problema analizado, a poco que se advierta que por los citados paraísos y a través de sus sociedades –concebidas para ocultar a sus verdaderos dueños– circula aproximadamente un tercio de los activos colocados en el mundo. De esa enorme suma se estima que un 40% proviene del crimen organizado, el tráfico de armas y las actividades terroristas en sentido amplio; un 45% sería el fruto de la evasión fiscal –sobre todo de sociedades multinacionales, hombres de negocios, del espectáculo y otros personajes similares– y un 15% tendría origen en el enriquecimiento ilícito y la corrupción del sector público²⁸.

A la ilicitud de origen, a la antijuridicidad del concepto mismo de “paraíso fiscal”, se agrega entonces la enorme incidencia alcanzada por su volumen, determinante en las operaciones financieras globales. El sistema financiero internacional se encuentra fuertemente ramificado en esos territorios a salvo de regulaciones, donde se amparan los secretos de los privilegiados y se opera sin límites ni controles.

Según estimaciones –consideradas conservadoras– del Banco Mundial, sólo la corrupción gubernamental genera fondos por alrededor de un trillón de dólares anuales²⁹. La comparación de esa cifra con los gigantescos paquetes de ayuda aprobados por los países más desarrollados para el salvataje de sus entidades financieras hace ocioso todo comentario.

Los gobernantes de los países de mayor desarrollo parecen haber tomado alguna conciencia de esta realidad como consecuencia de la grave crisis. Se suceden en los últimos meses declaraciones públicas y propuestas dirigidas a terminar con estos centros de piratería moderna³⁰.

²⁸ Nos remitimos a *Sociedades off shore: herramientas para el ilícito*, “Revista Foro de Derecho Mercantil”, n° 12, Legis, 2006 y *Supresión de las sociedades radicadas en jurisdicciones de baja o nula tributación*, ponencia al “X Congreso Argentino de Derecho Societario” y “VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, 2007, Libro de Ponencias, t. IV, p. 387 y al profundo aporte, sólidamente fundado en datos y cifras, que efectúa la fiscal de la Cámara Nacional en lo Comercial en su demanda de inconstitucionalidad de la ley 2875 de la CABA, proceso en trámite ante el JuzgNCom n°15, exp. E29 96636/9. Véase el capítulo VI y, en especial, “El fraude planetario *off shore*” así como sus citas y menciones. En palabras del economista estadounidense James K. Galbraith: “Los paraísos fiscales deberían dejar de funcionar. No hay forma de justificar el funcionamiento de estos refugios en la escala que lo hacen hoy. Además, por qué un gobierno debería rescatar una empresa que los está usando para no pagar impuestos y evadir regulaciones” (“Página 12”, 5/4/09).

²⁹ Según Laura Zommer “El Banco Mundial, que hasta hace algunos años consideraba que la corrupción era imposible de medir, ahora señala una aproximación conservadora del grado de sobornos del sector privado al sector público en todo el mundo da una estimación anual de aproximadamente un trillón de dólares” (*Corrupción sin fronteras*, “La Nación”, 22/2/09, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1102100).

³⁰ Antes de la reunión de jefes de Estado del G-20 –donde, como expresamos luego– se esbozaron algunas medidas concretas, venía planteándose la postura de marginar esos reductos del delito

Por el momento el reclamo no supera la expresión verbal y, en nuestra opinión, omite resaltar la manifiesta contradicción entre la operatoria *off shore* –asentada en territorios que parecieran ubicados fuera del planeta– y el orden jurídico.

Para pasar al terreno de los hechos, condenar la ilicitud y, sobre todo, sancionarla, no puede soslayarse que gran parte de los “paraísos” se encuentran bajo la jurisdicción de alguno de los principales países del primer mundo, curiosa paradoja que no ha sido suficientemente destacada. Esto evidencia no sólo una profunda hipocresía sino a qué punto existe un verdadero sistema paralelo de poder económico –sustentado en la ilicitud– que actúa, impune, desde las sombras.

No obstante es saludable y auspicioso que, bajo la brutal presión generada por la crisis global, los jefes de Estado de los países del G-20 hayan prometido –en su ya mencionada reunión de abril de 2009 en Londres– colocar en la lista negra a los paraísos fiscales y sancionarlos.

También lo es que se haya afirmado allí que “*el secreto bancario es una cosa del pasado*” y que es necesario “*limpiar los bancos*” para restablecer las líneas crediticias a empresas y ciudadanos. La concreción de las propuestas anunciadas –no obstante su insuficiencia– implicaría un avance serio hacia la regulación legal –en el marco internacional– de actividades caracterizadas por la ilicitud, el abuso y los privilegios para muy pocos.

Mientras los propósitos no trasciendan a la realidad, una y otra vez habrá que insistir en el reclamo para que se cierre al fin la brecha abierta en el orden jurídico para beneficio exclusivo de quienes lo violan con la clara intención de incrementar aún más sus privilegios.

e) Responsabilidad patrimonial

A la luz de la somera descripción efectuada, no dudamos que los efectos patrimoniales de la responsabilidad tienen actualmente una especial importancia. A más de la necesidad de proveer a una justa reparación de los perjuicios, la posibilidad de verse obligado a responder con el propio peculio por los daños causados constituye una poderosa herramienta de convicción para que quienes pueden ocasionarlos adopten las precauciones del caso.

El derecho no puede ni debe ignorar la realidad subyacente desde la cual –y en cuyo marco– se plantean los conflictos que finalmente deben dilucidar los tribunales.

en sus más variadas formas de la comunidad internacional. Véase nota de Luisa Corradini relativa a la reducción del secreto bancario en Suiza, Lichtenstein, Andorra y otros refugios análogos (“La Nación”, 14/3/09). En palabras del presidente de los Estados Unidos, Barack Obama “*Todas nuestras instituciones financieras –en Wall Street y en todo el mundo– necesitan un fuerte control y reglas de funcionamiento sensatas. Todos los mercados deberían tener normas para asegurar la estabilidad y un mecanismo de divulgación... Debemos reprimir los paraísos fiscales y el lavado de dinero. Una transparencia y una responsabilidad rigurosas deben controlar el abuso y es imprescindible poner fin a las remuneraciones descontroladas*” (“Clarín”, 24/3/09, <http://www.clarin.com/diario/2009/03/24/opinion/o-01883410.htm>). Nicolás Sarkozy, presidente de Francia reclamó regulaciones firmes aplicadas a las calificadoras de riesgo, los fondos especulativos “y por supuesto a los paraísos fiscales”. Proponiendo identificarlos, exigirles adecuación a las normas y estableciendo sanciones que garanticen el cumplimiento de esas exigencias (“Clarín”, 2/4/09, <http://www.clarin.com/diario/2009/04/02/opinion/o-01889574.htm>).

No es posible afianzar la justicia sin tenerla presente, lo cual comprende la justa solución de cada litigio tanto como los efectos que ello tendrá para las conductas futuras en casos análogos.

El poder de convicción de una condena económica es hoy de evidente trascendencia, en tanto apunta al valor –dinero, riqueza– colocado en el altar y objeto de culto constante en la sociedad moderna³¹. Los propios actores de la tragedia lo ratifican; su avaricia y carencia de otros valores los priva hasta del elemental sentido de la vergüenza cuando persiguen cobrar hasta el centavo final de “premios” a los cuales, incluso por prudencia, sería aconsejable renunciar.

No desdeñamos la importancia y las consecuencias de las condenas penales respecto de las conductas delictivas, tanto en el ámbito público como en el privado. No obstante sería hipócrita silenciar que son muy escasas y aisladas las penas efectivas a los causantes –a través del fraude– de verdaderas tragedias que definen o condicionan las vidas de millones de personas. De todas formas, aunque ese aspecto funcionara adecuadamente, la justicia y necesidad de la reparación patrimonial no perderían un ápice de su valor.

El objetivo de la responsabilidad civil es muy distinto al de la sanción penal. El resarcimiento puede mitigar –si no alcanza a reparar– los perjuicios, aliviando a las víctimas. Así como la cuantificación de los daños alcanza cifras enormes, las fortunas mal apropiadas de quienes los causaron son también de gran significación, es decir que la reparación en sí misma es económicamente valiosa.

Lo que se añade a tal valor, desde un planteo que apunta a la vigencia plena de la ley –y tiene, por supuesto, un paralelo fundamento ético–, es el efecto que apa-reja la condena indemnizatoria respecto, ya no sólo de los causantes de los perjuicios, sino de la sociedad como conjunto.

Los seres humanos actuamos en función directa de los premios y los castigos que podemos obtener a raíz de nuestros comportamientos. El valor de la riqueza es actualmente tal que la posibilidad cierta de perderla –a causa de la violación o el abuso de la ley– actuaría como fuerte disuasivo y como motor de un cambio cultural indispensable.

3. La responsabilidad en los contratos bancarios

a) La buena fe

Hicimos mención antes a la extraordinaria evolución del ordenamiento jurídico acentuada durante las últimas décadas. Una muestra concreta y relevante de ese progreso en la esfera del derecho privado es, a nuestro criterio, la consolidación de

³¹ Thomas Friedman describe esa definida tendencia con relación a la crisis global: “*Estamos saliendo de una juerga crediticia de 20 años de duración. En este país (por EEUU) demasiados de nosotros dejamos de ganar dinero haciendo ‘cosas’ y empezamos a hacer dinero del dinero... Cuando esta enorme burbuja explotó, creó un cráter tan profundo que no se alcanza a divisar el fondo*” (*La catástrofe bancaria amenaza a la Casa Blanca*, “La Nación”, 5/3/09, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1105486).

la buena fe como principio rector, pauta insoslayable de conducta exigida a las partes en los contratos y herramienta interpretativa básica a la hora de su juzgamiento.

En el derecho argentino, la reforma del Código Civil por la ley 17.711 introdujo, hace cuarenta años, el texto actual del art. 1198, incorporó la noción vital del abuso de derecho en el art. 1071 y otros estándares como la lesión subjetiva y la teoría de la imprevisión, con el evidente fin de adecuar las normas a una realidad sustancialmente distinta a la que imperaba cuando el Código fuera originalmente sancionado. La buena fe está legalmente consagrada como el parámetro sobre la base de la cual deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse los contratos “*de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”.

Estos conceptos vienen siendo aggiornados por la jurisprudencia, lo que se compadece con la necesidad de buscar la justicia considerando la realidad subyacente. La crisis del contrato en su concepción decimonónica –el *pacta sunt servanda* como molde sin fisuras– quedó planteada antes de la reforma de 1968; la vida en el mundo globalizado de este siglo –a algunas de cuyas características ya hicimos alusión en estas líneas– requiere una visión jurídica adecuada a la nueva etapa.

En un contexto de fuertes asimetrías y desigualdades, de multiplicación de los contratos de adhesión, de desarrollo de las normas de defensa del consumidor –en el orden constitucional como en el legal–, de afirmación del carácter operativo de los derechos y garantías, la buena fe asume una trascendencia diferente, para las partes de los contratos y para los tribunales.

Lo que años antes se invocaba como un indiscutible valor ético, hoy forma parte del bloque de constitucionalidad a través de las convenciones internacionales (art. 75, inc. 22, Const. nacional). Sostuvimos en otra ocasión³² que la buena fe tiene raíces profundas en la fraternidad y en el espíritu de solidaridad que irradian las normas fundantes de nuestras instituciones. Nuestro derecho persigue la convivencia en paz, el bienestar general, la dignidad de las personas y, con esa mira, procura el desarrollo económico, el crecimiento individual y el colectivo.

De allí que la libertad tenga como contrapartida natural la responsabilidad, que impone hacerse cargo de las consecuencias de los actos y requiere un actuar conforme a derecho y alejado del abuso. Recordemos que el ejercicio abusivo está definido en el art. 1071 como el que se oponga a los fines que la ley tuvo en mira al reconocer un derecho o exceda los límites que imponen la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

La transparencia, la sinceridad de las conductas, la lealtad entre las partes contratantes, son valores que el derecho consagra y cuya preeminencia obliga a comportamientos acordes, so pena de sanciones cuando se actúa de modo contrario a ellos.

Se reclama de quienes contratan una actividad diligente que contemple las expectativas del otro –en tanto sean legítimas y fundadas–, desde la etapa previa a la

³² Drucaroff Aguiar, Alejandro, *Buena fe, lesión y equidad*, LL, 2009-A-342.

celebración del contrato hasta su extinción, lo que en doctrina y jurisprudencia se ha destacado como el principio de confianza³³.

La exigencia es recíproca y la ausencia de buena fe en una de las partes no autoriza la mala fe de la otra. Se soslayan los formalismos y se apunta a la verdadera intención de las conductas.

En esa dirección se sostiene que la buena fe no es una mera ausencia de mala fe pues lo importante –más allá de lo que se ha creído– es lo que se ha podido o debido saber y creer³⁴.

En suma, la buena fe demanda que las partes –resaltémoslo, actuando con cuidado y previsión– respeten a su cocontratante, obren con lealtad y eviten incurrir en abusos.

Analizaremos algunas particularidades de la aplicación de este precepto en el ámbito de las contrataciones bancarias en el desarrollo de los puntos siguientes.

b) La inequivalencia entre las partes

Se ha planteado en numerosos trabajos doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales una creciente preocupación por la inequivalencia entre las partes de los contratos bancarios. Ello en muchos casos da fundamento a la interpretación de las normas aplicables y, en última instancia, a la decisión adoptada en los litigios sometidos a los tribunales.

Compartimos la importancia de dilucidar el tema en cada caso y, en función de ello, valorar sus efectos a la hora de sentenciar. Ahora bien, ¿tiene sentido –en materia de contratos bancarios– establecer un criterio a priori que sea aplicable a todas las relaciones de “los bancos” y “los clientes”? Anticipamos una opinión negativa ante ese interrogante.

Sostuvimos con anterioridad la inutilidad de referirse a las partes en un modo plural que implica agruparlas como conjuntos homogéneos, destacando que la inequivalencia es una cuestión de hecho a establecer según las circunstancias de cada caso³⁵.

Referirse –en el marco de un análisis jurídico y, en especial, de una sentencia– a “los bancos” es de escasa utilidad, en tanto dentro del sistema financiero argentino conviven bancos oficiales, bancos privados nacionales y bancos extranjeros, algunos de estos, a su vez, con participación oficial de sus países de origen. La naturaleza de las entidades e incluso los fines que persiguen son notoria y sustancialmente

³³ Entre muchos otros precedentes, citamos un fallo que resume con suma claridad el concepto: CNCom, Sala E, 12/8/08, “De la Mano, Osvaldo L. c/Citibank NA y otro” –voto del doctor Sala– y sus citas de Rezzónico, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Bs. As., Astrea, 1999, p. 376, n° 238 como precedente: íd., íd., 13/10/06, “Banco General de Negocios SA s/quiebra s/verif. por Meta 4 Austral SA”).

³⁴ Carreira González, Guillermo, *Dificultades para el decorrimiento del velo societario*, “El Dial”, 25/3/09, aporta una buena síntesis, con citas de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y Verón, Beatriz A., *El dolo en los negocios jurídicos. Un breve pantallazo retrospectivo con miras al futuro*, LL, 2007-A-883.

³⁵ Drucaroff Aguiar, Alejandro, *Los contratos bancarios después de la emergencia: el desafío de un análisis objetivo*, DSE, may. 2006.

diversos, bastando para ello mencionar, además de los estatales, a los bancos cooperativos, regidos por normas y principios propios. Sus conductas tampoco pueden ser valoradas ni juzgadas en forma global.

Tampoco hay homogeneidad ni analogía de situaciones entre “los clientes”. Difícilmente podría sostenerse que es equivalente una persona cuya operatoria bancaria se reduce a una cuenta en la cual se le deposita el sueldo con un comerciante que mantiene diversos y complejos vínculos contractuales con la entidad financiera. Las diferencias son mayores cuando hablamos de empresas y aun entre ellas, corresponderá atender a las particularidades derivadas de su tamaño, organización, poder de negociación y demás variables conducentes a determinar los términos de su relación con un banco.

En suma, entre el cliente individual de mínima relación con la entidad y una gran empresa multinacional, se plantean infinidad de situaciones diferentes que determinan la mayor o menor equivalencia de las partes. Tales circunstancias deben ser expresa y puntualmente meritadas para arribar a la justa solución de cada controversia y en ello radica nuestro previo cuestionamiento a las generalizaciones que no atienden a esas particularidades.

Las reflexiones precedentes no ignoran los derechos de los consumidores —a los que mencionamos— ni la visible inequivalencia entre las entidades financieras y éstos. Sería absurdo desconocer que para la mayoría numérica de los usuarios —no así para quienes realizan las mayores operaciones en el mercado— esa diferencia resulta un hecho insoslayable.

Lo que apuntamos es que, en otros casos, la desigualdad notoria no puede estimarse preconfigurada o exenta de demostración como cualquier otro extremo fáctico.

c) El rol de las entidades financieras y la responsabilidad profesional

Las entidades financieras desarrollan una actividad de evidente interés público, debiendo ajustarse en su accionar a las normas legales y a las reglamentaciones de la autoridad de aplicación, en nuestro país, el Banco Central de la República Argentina.

Están facultadas para captar fondos del público, lo que constituye un aspecto esencial de su negocio. Como contrapartida de ese verdadero privilegio, deben contar con estructuras técnicas, recursos humanos y niveles organizativos acordes al cumplimiento de las referidas pautas legales. Dicho en otras palabras, deben actuar con profesionalismo suficiente para satisfacer esos elevados estándares³⁶.

La confianza es un elemento decisivo en los contratos bancarios y tiene también consecuencias en materia de responsabilidad. El sistema funciona sobre la ba-

³⁶ En las siempre claras y elocuentes palabras de Hugo E. Richard: “*la función propia —de entidades financieras autorizadas para actuar como tales— es ser el medio para lograr una eficiente asignación de los recursos que la sociedad destina al ahorro y a la inversión, repercutiendo su ámbito de actuación, justamente por la actividad que realiza y la trascendencia de dicha actividad en la comunidad toda, no sólo en los sujetos que directamente contrataron con dicha entidad, sino a la sociedad y al sistema financiero como valor superior*” (*Crisis financiera y responsabilidad*, Academia Nacional de Ciencias Sociales y Derecho de Córdoba).

se de ese recaudo esencial, que se conjuga con la fuerte regulación de la actividad bancaria y el rol estatal en el mismo aspecto.

Mencionamos antes el deber de satisfacer las expectativas legítimas y fundadas de la otra parte, como consecuencia del concepto *aggiornado* de la buena fe. Partiendo de las demandas que leyes y reglamentos imponen a las entidades financieras, es razonable que las expectativas de sus clientes incluyan la prestación de un servicio adecuado y la actuación diligente en resguardo de sus derechos.

En forma paralela a las disposiciones normativas, las propias entidades financieras han enunciado pautas de alta exigencia, redactadas de común acuerdo entre sus asociaciones representativas y agrupadas en el Código de Buenas Prácticas que se han comprometido a respetar³⁷.

Estos conceptos brevemente resumidos –y ampliamente conocidos– originan para las entidades una responsabilidad que la jurisprudencia ha encuadrado como profesional o agravada, calificando la actividad bancaria como altamente especializada, lo que remite a los precisos términos del art. 902 del Cód. Civil: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*”.

También se ha definido el carácter profesional de la actuación del banco como servicio público impropio, prestado en el marco de una autorización estatal restringida, donde el principio de buena fe en la ejecución de los contratos adquiere una aplicación diaria porque “*casi siempre, el cliente queda en manos de la buena fe del banco, o de sus funcionarios o empleados*”³⁸.

Cabe añadir que normas como el transcripto art. 902 atienden al principio –y a la garantía constitucional– de igualdad ante la ley, ya que de ella resulta la necesidad de tratar en términos diferentes a quienes se hallan en situaciones diferentes, justamente para nivelar –con lógica y sentido jurídico– las situaciones de desigualdad.

El trato igualitario requiere que los sujetos se encuentren en razonable igualdad de circunstancias sin cerrar los ojos ante sus evidentes desemejanzas, como repetidamente lo ha dicho nuestra Corte Suprema. La igualdad conduce a nivelar y armonizar aquellas diferencias con la mira puesta en el bien común, lo que hace justo y necesario imponer obligaciones mayores por las consecuencias de sus actos a quienes deben incrementar su prudencia y hacer uso del conocimiento que poseen a causa de su rol o situación en la sociedad.

Se sostiene en la misma línea que la inexperiencia y la ligereza, a las cuales se refiere el art. 954 del Cód. Civil, deben entenderse –en la sociedad actual y en clave de consumidor– como la falta de habitualidad en el intercambio o de aptitud para determinados negocios³⁹.

³⁷ Véase texto completo en el sitio del Consejo de Autorregulación, www.cacpb.org.

³⁸ CNCom, Sala D, 7/8/07, “Glasberg, Esther c/BBVA Banco Francés SA s/ordinario”, reg. 77.212/03, con cita de Villegas, Carlos G., *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, t. I, Bs. As., Depalma, 1985, n° 7, 10 y 88, p. 16, 19 y 444.

³⁹ CNCom, Sala A, “Coria, Hermenegilda del Valle c/Banco Hipotecario SA”, 22/11/07, con citas de Mosset Iturraspe, Jorge, *Introducción al derecho del consumidor*, “Revista del Derecho Privado y Comunitario”, n° 5, 1996, p. 14 y 55, DSE, XI-905. Vale la transcripción textual: “*Como sostiene Lúci-*

Estas pautas generales asumen, en determinadas circunstancias, otras características vinculadas con la complejidad de los negocios y el rol que le cabe en ellos a la entidad financiera interviniente. Nos referimos a casos donde la relación banco-cliente trasciende la esfera de los contratos bancarios más comunes e incluye un conjunto –a veces intrincado– de vínculos jurídicos.

Así sucede, por ejemplo, cuando una empresa de cierta envergadura agrega a su operatoria habitual –cuentas corrientes y de ahorro, tarjetas de crédito, préstamos, etc.– otros negocios colaterales tales como la canalización de sus ventas con tarjetas de crédito, la financiación por la entidad de préstamos para la venta de los productos que comercializa la empresa o la securitización de su cartera crediticia.

Situaciones de esa índole suelen implicar el otorgamiento de garantías diferentes a las habituales –v.gr., cesiones de créditos, conformación de fideicomisos administrados por el banco u otra entidad vinculada a éste– y conllevan un rol también diverso de la entidad financiera. En efecto, la misma puede ser a un tiempo acreedora y mandataria de su cliente, actuar –por momentos– por cuenta de aquél y todo ello es susceptible de generar conflictos de intereses entre las partes.

La buena fe –en los términos que describimos anteriormente– y la responsabilidad específica –profesional y agravada– de la entidad, serán parámetros de peculiar trascendencia en el juzgamiento de su conducta ante tales negocios complejos.

Sin llegar a casos tan extremos, la relación entre el banco y el fiador de las obligaciones de un cliente presenta alternativas de conflictos igualmente interesantes para considerar. Por caso señalamos la posibilidad de otorgamiento abusivo de crédito y las obligaciones de la entidad para con el fiador, así como otras cuestiones relativas a la validez de las cláusulas de la fianza y a sus alcances⁴⁰.

La responsabilidad derivada del deber de información a cargo de las entidades financieras, justifica sin duda una consideración específica que, por razones de espacio y objeto de este aporte, no desarrollaremos aquí.

No obstante y para dejar planteada la trascendencia del tema, apuntamos que se trata de una obligación directamente vinculada con la buena fe y específicamente instituida, como es sabido, en el régimen de defensa del consumidor. Tiende a reducir la visible asimetría que por lo general existe entre las entidades y sus clientes, posibilitando a los últimos el cabal conocimiento de los términos de las operaciones y contrataciones realizadas, con las primeras o a través de ellas.

Si bien el deber de información comprende todas las relaciones entre los bancos y sus clientes, asume una importancia especial en las operaciones vinculadas a

damente el autor citado, derecho y economía confluyen en esta temática para concluir en una 'utilidad y justicia'; en un lucro con equilibrio en el cual prima un nivel de solidaridad negocial que resulta absolutamente incompatible con que los proveedores de bienes o servicios aleguen el desconocimiento de errores o defectos, o se escuden en su falta de intención maliciosa, máxime cuando las características de sus actividades demandan altos grados de especialización que, a su vez, impongan el elevado estándar de responsabilidad consagrado en el citado art. 902, Cód. Civil... las entidades financieras constituyen un ejemplo paradigmático del comerciante cuyo alto grado de especialización le exige ajustar su conducta a estándares compatibles con los niveles de solidaridad negocial aludidos".

⁴⁰ Véase sobre este tema puntual, el interesante fallo de CNCom, Sala D, 30/6/08, "Vigna, Juan J. c/Lloyds Bank (BLSA) Ltd.", con comentario de Drucaroff Aguiar, *A propósito de la validez de la fianza ómnibus*, LL, 2008-E-687.

la banca de inversión, donde la comprensión adecuada del riesgo financiero es determinante en la celebración del contrato. La cuestión es más significativa cuanto mayor sea la complejidad de la operación realizada (v.gr., obligaciones negociables, fondos de inversión, opciones, futuros, etc.), y se vincula también con el conocimiento y experiencia del cliente en la materia⁴¹.

Finalmente, si bien hemos centrado el análisis en la responsabilidad contractual de las entidades, cabe destacar que los conceptos son válidos al analizar supuestos de responsabilidad extracontractual. Es que los requerimientos de una conducta sujeta a parámetros de excelencia acordes al estándar ético del “buen profesional”, generan expectativas y una confianza especial en el usuario y en el público en general que deben ser atendidas⁴².

Hasta aquí lo conceptual relativo a la responsabilidad calificada de las entidades financieras. Veamos cómo se refleja esto en la práctica, con relación a las consecuencias de las conductas, a la responsabilidad del cliente que contrata con la entidad y a los aspectos procesales en caso de litigio.

d) Consecuencias inmediatas y mediatas en materia de responsabilidad bancaria

La mayor responsabilidad que, como dijimos, corresponde atribuir a una entidad financiera, tiene efectos relevantes en lo que respecta a las consecuencias de su conducta generadora de daño y, por ende, la tienen a la hora de establecer su responsabilidad por la misma.

Sostuvimos, en esa dirección, que la existencia de una responsabilidad profesional y agravada pasa a ser un parámetro insoslayable para dilucidar, por un lado la inmediatez o mediatez de las consecuencias y por el otro la obligación de responder por ellas⁴³.

En cuanto al primer aspecto –carácter inmediato o mediato de las consecuencias–, el art. 901 del Cód. Civil define como consecuencias inmediatas las derivadas “de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”. Son en cambio mediatas las que derivan “solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”.

Esto nos sugiere una primera reflexión por cuanto lo que la ley llama “curso natural y ordinario”, lo que “acostumbra suceder”, debe necesariamente vincularse con la posibilidad de preverlo por el sujeto causante del daño. La capacidad de previsión debe ejercitarse con buena fe –en los términos que expresamos anteriormente– por cualquier persona. Tratándose de una entidad financiera obligada a actuar con pro-

⁴¹ Coincidimos en este punto con la opinión de Cristian O. del Rosario, quien sostiene que: “la distinta capacidad de comprensión y experiencia de los sujetos que son parte en los contratos de la banca de inversión es una ponderación necesaria, la que no puede ser soslayada, en oportunidad de distribuir justicia” (*El deber de informarse del inversor financiero*, LL, 2009-A-66).

⁴² Entre muchos otros precedentes citamos: CNCom, Sala A, “Becciu, Antonia c/Banco Superielle Societe Generale”, expte. n° 83.165, reg. de Cámara 51.493/03.

⁴³ Ponencia al “I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario” y “V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras”, Lomas de Zamora, 2007, Libro de Ponencias, p. 469.

fesionalidad y siguiendo las reglamentaciones que la circunscriben, esas pautas de mayor exigencia son muy significativas para interpretar las circunstancias del caso juzgado.

Refiriéndonos a una situación concreta, podemos decir que el cierre de una cuenta corriente bancaria –por cualquier causa– tiene como implicancia directa evidente el cierre casi inmediato de cualquier otra cuenta corriente que el mismo posea en esa o en otras entidades, por imperio de las normas del BCRA. Para el común de la gente esa sería entonces una consecuencia inmediata, algo que por lo general sucede y está dentro de la lógica prever. En cambio no lo sería, en apariencia, que ese cierre de cuentas conduzca al titular a una situación concursal, lo que aparecería claramente como una consecuencia mediata.

Supongamos que la responsabilidad por el cierre de la misma cuenta fuera atribuible al banco, que su titular sea una empresa que opere con varias entidades, que disponga de crédito de parte de ellas y para la cual el crédito –como suele ocurrir– sea vital para el desarrollo de su actividad. En tal caso habrá que considerar que la entidad financiera debe tener un razonable y actualizado conocimiento de la situación de su cliente, que debe contar con balances y estados patrimoniales que avalen el crédito otorgado y que conoce la importancia de la financiación para una actividad empresarial.

En ese contexto, si el cierre de la cuenta precipita –como jurídicamente corresponde– el de todas las cuentas bancarias de la empresa y si ello conduce a una pérdida sustancial de capital de trabajo y a una situación de cesación de pagos, para la entidad financiera –recordemos que la hipótesis se basa en que ésta fue la responsable del cierre por error propio– lo ocurrido debería ser valorado como una consecuencia inmediata.

Naturalmente, el ejemplo está condicionado a una acabada prueba de los extremos fácticos y sujeto a la eventual existencia de concausas, pero es útil para explicitar la incidencia de la vinculación postulada entre la responsabilidad agravada de un banco y la definición –a su respecto– del carácter de inmediata o mediata de una consecuencia.

El segundo aspecto de la cuestión remite a la imputabilidad de las consecuencias mediatas. Según el art. 904 del Cód. Civil, tales consecuencias se imputan también al causante del daño cuando éste las hubiere previsto “*y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas*”.

La mayor responsabilidad de las entidades financieras conduce a un juzgamiento particularmente estricto de su capacidad de previsión, en especial cuando la misma les es requerida por las normas legales y reglamentarias a las que están sujetas. La debida atención y conocimiento que el artículo exige tiene una traducción al terreno práctico de la actividad bancaria, lo que facilita y circunscribe la interpretación de la norma en estos casos.

En suma, se trata de dos supuestos diferentes: determinadas consecuencias que podrían ser estimadas como mediatas para otros sujetos serán inmediatas para la entidad con responsabilidad agravada y, en otro orden, ésta deberá ser responsabilizada por consecuencias mediatas que, obrando con arreglo a sus obligaciones, hubiera debido prever.

Ambos, claro está, inciden en la atribución de responsabilidad y en la consiguiente carga de reparación de los perjuicios⁴⁴.

e) La responsabilidad del cliente

Hicimos especial hincapié en la buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico y destacamos sus implicancias en el terreno contractual, poniendo a la vez de manifiesto que ambas partes deben ajustar su conducta a tales parámetros.

Naturalmente esto se aplica a la responsabilidad de los clientes de las entidades financieras en sus relaciones con éstas, con algunos rasgos propios que destacaremos aquí.

En primer lugar, es preciso recalcar la importancia del deber de colaboración del cliente, que le demanda una conducta comprometida y diligente en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos. Esa idea general se traduce en comportamientos específicos cuya elusión importa incumplimiento y genera las consecuencias jurídicas respectivas.

Así en materia de obligaciones de pago periódico –como tarjetas de crédito o cuotas de préstamos– el cliente está obligado a abonar los consumos, cargos o cuotas, con ajuste a derecho y al contrato.

Un usuario de tarjeta de crédito –por ejemplo– contrata conociendo que, mensualmente, accederá a un resumen detallado de su cuenta y que es inherente a su responsabilidad conocerlo y, de corresponder, observarlo o impugnarlo. Tal deber se expresa en la obligación de retirar el resumen de su tarjeta aunque no le haya llegado a su domicilio, en la de denunciar en el menor plazo posible un eventual extravío y en la de observar o impugnar los rubros que pudieran no responder a consumos o cargos procedentes.

Alegar que el resumen no le llegó en tiempo y forma como argumento para no abonarlo constituiría una conducta reñida con la buena fe y un consiguiente abuso en los términos del art. 1071 del Cód. Civil⁴⁵.

⁴⁴ Citamos algunos antecedentes jurisprudenciales: “Martiri SA c/Banco Sudameris” (CNCCom, Sala C, 4/9/07, LL, 2/1/08, p. 3) el tribunal atribuyó al banco accionado responsabilidad por el concurso preventivo de la actora, estableciendo una relación directa entre el cierre de la cuenta –imputable a graves errores de la entidad, quien informó equivocadamente al BCRA haber rechazado cheques que en la realidad no lo habían sido, generando así el cierre– y la situación concursal. La SCBA, 5/3/03, “Bernardo, Susana y otro c/Banco de la Provincia de Buenos Aires”, JA, 2004-I-376, analizó la cuestión en el marco de la imputabilidad de las consecuencias derivadas de una apertura negligente de cuenta corriente por un banco. En el precedente referido (CNCCom, Sala A, “Becciu, Antonia c/Banco Supervielle Societe Generale”) se planteó un reclamo indemnizatorio de la víctima de un fraude instrumentado mediante cheques provenientes de una cuenta corriente por cuya apertura se responsabilizó al banco, el cual omitió actuar con la diligencia exigida por las normas aplicables. Con extensa cita a la que cabe remitirse, se expresa que “*la conducta de la entidad bancaria demandada la responsabiliza en los términos de los arts. 502, 902 y 1109 del Cód. Civil, por lo que le son atribuibles las consecuencias inmediatas y mediatas de su obrar conforme los arts. 903 y 904 del mismo Código*”. Sobre esa base se acogió el reclamo de daños y, dada la responsabilidad concurrente del damnificado, se acogió la demanda por el 50% del perjuicio acreditado.

⁴⁵ El tema se trata con mayor extensión en Drucaroff Aguiar, *El contrato de la tarjeta de crédito y la buena fe*, DJ, 2008-II-1904 y *Cobro judicial del saldo deudor de tarjeta de crédito: algunas cuestiones de interés*, en Favier Dubois (h.), Eduardo M. (dir.), “Tarjeta de crédito”, Bs. As., Ad-Hoc, 2008.

El cliente está pues obligado a cumplir, con buena fe, el contrato y la ley, comprendiendo que el primero es, en rigor, asimilable a la segunda (art. 1197, Cód. Civil). Prosiguiendo con el mismo ejemplo –contrato de tarjeta de crédito– así como al emisor se le reclama la prestación de un buen servicio, transparencia informativa, profesionalismo y prudencia para no abusar de su superioridad organizativa y preeminencia contractual, al usuario le cabe, con equivalente sustento jurídico, hacer todo lo que está a su alcance para cumplir con sus obligaciones. Entre ellas se destaca la de anoticiarse mensualmente del resumen de cuenta y abonar el saldo, sin perjuicio de su derecho a cuestionarlo con arreglo al contrato y a derecho.

A resultas de ese comportamiento esperable por parte del cliente y a más de las consecuencias que derivan del incumplimiento de las obligaciones contraídas, en diversos supuestos corresponde –y así lo ha resuelto la jurisprudencia– atribuirle responsabilidad compartida por las consecuencias dañosas acaecidas⁴⁶.

El requerimiento al cliente de un actuar de buena fe es plenamente compatible con las normas de defensa del consumidor y con las ya desarrolladas características de la responsabilidad de las entidades financieras. La aplicación de las mentadas disposiciones y las consecuencias de la mayor responsabilidad bancaria no son óbice para que la contraparte se ajuste a derecho y evite todo abuso.

Lo destacamos porque en la materia tratada –como en cualquier tarea humana– es imprescindible –para la justicia del caso y para preservar la seguridad jurídica– evaluar los hechos con equilibrio y mesura, dejar de lado preconceptos y valorar las conductas de ambas partes, aun en un contexto –aquí habitual– de inequivalencias entre ellas.

f) Cuestiones procesales. La prueba y las cargas dinámicas

Resulta de interés referirse a los procesos judiciales por medio de los cuales se reclama el resarcimiento de daños causados por las entidades financieras, en el marco de contrataciones celebradas entre ellas y sus clientes. En estos procesos, la cuestión de la carga probatoria es por demás relevante para su dilucidación.

Con ese fundamento –y haciendo constar las consecuencias del silencio de quien está obligado legalmente a expresarse, según el art. 919 del Cód. Civil– se ha resuelto que la falta de impugnación del resumen de cuenta implica, en principio, aceptación tácita y genera una presunción *iusuris tantum* a favor de la liquidación efectuada por el emisor, sin perjuicio de la posibilidad de revisión derivada de la acción de rectificación o arreglo de cuenta (CNCCom, Sala C, 17/4/08, “Franco, Manuel H. c/ABN Amro Bank NV”, DJ, 2008-II-1904).

⁴⁶ CNCiv, Sala G, 29/3/06, “Lanza, Marta M. c/Cuevas, Mauricio I.” fallo citado en Favier Dubois (h.), Eduardo M. (dir.), *Cuenta corriente y responsabilidades bancarias*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006 (libro al que remitimos por contener una amplia selección de fallos sobre la temática aquí tratada) se atribuyó responsabilidad compartida a la víctima de un fraude perpetrado dentro de un establecimiento bancario –por el cual también se responsabilizó al banco–, por entender el tribunal que la misma había actuado con evidente negligencia. Otro pronunciamiento CNCCom, 28/10/08, “Borisenko, Carlos A. c/Bankboston NA y otro s/ordinario”, relativo a irregularidades en el manejo de una cuenta corriente bancaria, expresó que “Si se encuentran incumplidos deberes de ambas partes, se deben apreciar las distintas circunstancias que motivaron los incumplimientos y se debe distribuir la responsabilidad entre el librador y el banco, en la proporción que a cada uno le corresponda (art. 37, ley 24.452)”.

Sostuvimos en otras ocasiones⁴⁷ que ni las particularidades de los contratos bancarios ni la responsabilidad profesional y agravada que corresponde atribuir a las entidades financieras, alteran en absoluto las cargas procesales que competen a quien reclama la reparación de un daño atribuido a aquéllas.

Si bien esta parece una verdad de Perogrullo, importa destacar que corresponde siempre al demandante acreditar fehacientemente el daño invocado y su relación de causalidad con la conducta antijurídica de aquél a quien se le atribuye haberlo ocasionado. El agravamiento de la responsabilidad en los términos del art. 902 y concs. del Cód. Civil no guarda relación alguna con –ni excluye– el requisito de producir prueba clara y concreta de los perjuicios, condición *sine qua non* para que sea procedente el resarcimiento.

Tampoco modifican la aludida exigencia legal en materia de prueba las denominadas “cargas probatorias dinámicas”, más allá de que pueden resultar de aplicación en estos casos.

Compartimos el criterio de que ambas partes deben contribuir de buena fe con el esclarecimiento de la verdad, así como que quien está en mejores condiciones de demostrar un hecho esencial para la causa queda comprometido a hacerlo.

Ello sería conducente, por ejemplo, con relación a datos que el banco está legal o reglamentariamente obligado a registrar o respecto de instrumentos que debe archivar a consecuencia de su actuación, tales como contratos, movimientos de las cuentas o constancias de créditos o débitos. Sería en cambio absurdo pretender aplicar similar idea en lo que hace a la acreditación de los perjuicios reclamados, de su cuantía o de su relación causal con la conducta imputada a la entidad.

La prueba efectiva de los daños es decisiva en los reclamos indemnizatorios de la índole aquí tratada y sus consecuencias se aprecian en decenas de fallos que, no obstante receptor la responsabilidad de un banco, desestiman pretensiones por falta de prueba suficiente del daño o de su causa.

Esto se conecta con otro aspecto –también ligado, en definitiva, a la buena fe– al cual vale la pena dedicar un par de párrafos. La práctica profesional permite advertir una tendencia al planteo de reclamos desmesurados, carentes de apoyo en las probanzas del caso o simplemente exagerados en su magnitud. La imprudencia se expresa en demandas por sumas que no guardan relación lógica con el perjuicio sufrido o por rubros que no se logran demostrar.

Cierto es que, desde la otra vereda, suelen plantearse posturas defensivas cerradas, limitadas a la negación de cada uno de los hechos expuestos por el actor y sin la menor intención de colaborar con el tribunal en el esclarecimiento de los hechos.

Manifestamos nuestra convicción en cuanto a que esos comportamientos vulneran la buena fe, la cual, como es sabido, es requerimiento esencial de la conducta procesal de las partes en los litigios.

⁴⁷ Drucaroff Aguiar, *La responsabilidad bancaria: actualidad jurisprudencial*, en Favier Dubois (h.), “Cuenta corriente y responsabilidades bancarias” y Ponencia al “I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario” y “V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras”, Lomas de Zamora, 2007, Libro de Ponencias, p. 469.

Los tribunales cuentan con una importante herramienta para limitar las demandas visiblemente exageradas en su cuantía o en los ítems demandados: la imposición de las costas del proceso.

Es cierto que el criterio generalmente aceptado es que cuando la demanda progresa –incluso por un monto mucho menor al pretendido– el principio de reparación integral justifica la imposición de costas al autor del daño. Sin embargo eso no es obstáculo para que, desestimadas una o más pretensiones autónomas –como lo son las relativas a los diferentes perjuicios reclamados en cada demanda–, el actor –derrotado parcialmente– cargue con las costas correspondientes a ellas.

Lo propio debe ocurrir cuando la desmesura en el reclamo de rubros que prosperan –en una proporción notoriamente inferior al demandado– justifica imponer las costas en forma proporcional al modo en que prospere la pretensión actora.

Estimamos que la justa distribución de los costos del proceso officaría de contundente incentivo para ajustar los reclamos a la realidad de los daños causados a los demandantes, darles mayor racionalidad y obligar en suma a quien demanda a asumir la responsabilidad que le cabe en el litigio.

Una vez más, no postulamos otra cosa que la extensión a todas las partes del principio rector de la buena fe.

4. Colofón

Nos preguntábamos al comienzo acerca de la necesidad –o utilidad– de conferir a la responsabilidad bancaria un tratamiento específico desde el análisis jurídico.

El desarrollo precedente ratifica la trascendencia para la sociedad de la actividad de bancos y entidades financieras, de su regulación –en la que prima el interés general– y de los requerimientos que la misma plantea –como contrapartida de la facultad concedida de coleccionar fondos públicos–.

Creemos que todo ello conforma un marco peculiar que posibilita la obtención de conclusiones aplicables a numerosos supuestos similares y justifica un estudio particularizado de la materia.

El principio rector de la buena fe asume, en la materia tratada, perfiles propios que condicionan la conducta de las partes y son de obligatoria consideración, en orden a determinar el carácter de las consecuencias por ellas ocasionadas.

La configuración de una responsabilidad profesional y agravada por parte de las entidades financieras, deviene un parámetro insoslayable para dilucidar, por un lado la inmediatez o mediatez de las consecuencias y, por el otro, la obligación de responder por cada una de ellas.

Con referencia a la crisis financiera internacional y sus gravísimas implicancias para la economía del planeta, consideramos indispensable la urgente dilucidación de las responsabilidades emergentes de aquélla, en especial las patrimoniales. Ellas deben hacerse efectivas por medio de las acciones indemnizatorias correspondientes.



Es jurídicamente inadmisibles que los aportes de fondos públicos para el salvataje de entidades –justificable solamente en tanto sea necesario para evitarle a la comunidad daños aún mayores– se efectúen para beneficio de los accionistas de las compañías rescatadas de situaciones de falencia, a quienes compete asumir las pérdidas.

La vigencia efectiva del derecho como pauta eficaz –y única posible– de convivencia civilizada, es la condición necesaria para afrontar estos momentos críticos y decisivos para la humanidad globalizada.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.

