

MARÍA E. KABAS DE MARTORELL

Directora

**TRATADO DE
DERECHO BANCARIO**

Tomo I

Prólogo de
JORGE NICOLÁS LABANCA

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	11
<i>Prólogo</i> , por JORGE NICOLÁS LABANCA	13

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

LA BANCA HOY: PROBLEMÁTICA Y EVOLUCIÓN

LA ACTIVIDAD DE BANCA EN EL SIGLO XXI. DIVERSOS ASPECTOS SOBRE RESPONSABILIDAD. FRAUDES, ACTIVOS TÓXICOS. PROBLEMÁTICA

por MARÍA ELISA KABAS DE MARTORELL

.....	21
1. La banca en el siglo XXI	22
1.1. Los antecedentes del desastre	22
1.2. La formación de una "burbuja financiera"	26
1.3. Transfiriendo el riesgo	27
1.4. ¿Los orígenes de la tragedia?	29
2. La pérdida de confianza en el sistema bancario	33
2.1. El lavado de dinero y los riesgos para el sistema	40
2.2. La importancia del banco en su rol de asesor del inversor	43
2.2.1. Fondos de inversión y banca	43

2.2.2. La diversificación de la banca.	44
2.2.3. El deber de información para con el cliente	45
3. El asesoramiento al inversor como fuente de conflictos.	48
3.1. Italia y la cuestión de los <i>Tango Bonds</i>	49
3.2. Los bancos frente a otros bancos	50
3.3. La cuestión en el orden nacional	53
3.3.1. Algunas picardías criollas.	54
3.3.2. Un caso emblemático: “Wachovia”	56
3.3.3. Y una última vuelta de tuerca	60
3.3.4. La labor judicial	61
3.4. Aproximación a los fundamentos de la responsabilidad de las entidades financieras	62
3.4.1. Decisiones distintas ante objetos diferentes	64
3.5. La banca como actividad profesional de altísima especialización	67
3.5.1. Los alcances del deber de responder.	67
3.5.2. Un caso de responsabilidad por error	68
3.5.3. La solución dada por la justicia al entuerto	69
3.5.4. El <i>standard</i> de conducta exigible a la luz del fallo comentado	71
4. Conclusiones.	72

PRIMERA PARTE

BANCA Y SEGURIDAD JURÍDICA

BANCA Y SEGURIDAD JURÍDICA

por JOSÉ LUIS MONTI

I. Introducción	77
II. ¿De qué se trata?	79
III. Sobre los presupuestos estructurales y funcionales	83
IV. Los presupuestos económicos	90

V. La seguridad jurídica y la evolución del Derecho	93
VI. La experiencia argentina.....	95
VII. <i>¿Quo vadis?</i>	99

SEGUNDA PARTE

EL ESTADO Y LA ACTIVIDAD DE BANCA

EL SISTEMA BANCARIO Y MONETARIO ARGENTINO DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

por HORACIO ROSATTI

Introducción	105
1. La política económica diseñada por la Constitución Nacional	106
2. El intervencionismo del Estado en el Mercado, ¿justifica que la actividad bancaria califique como “servicio público”?	111
A. Los criterios doctrinarios	111
B. Nuestra opinión	115
a) La banca como un “sistema”	116
b) La banca y el Estado	117
3. El Banco Central de la República Argentina	118
A. La delegación de facultades congresionales al BCRA	119
B. La relación del BCRA con el poder político	120
4. El poder de policía bancario	122
A. El poder de policía	122
B. El poder de policía bancario	123
5. La defensa del valor de la moneda	128
A. La moneda	128
B. Emisión de la moneda	129
a) La moneda como atributo soberano del Estado nacional	129
b) La moneda como competencia centralizada del Estado nacional	130

c)	Problemáticas contemporáneas	132
1)	Constitucionalidad de la adopción de una moneda extranjera como moneda nacional	132
2)	Constitucionalidad de las llamadas pseudomonedas o cuasimonedas provinciales	133
C.	Fijación del valor de la moneda	134
a)	Los patrones de referencia. Evolución histórica	135
1)	Moneda en metal valioso	135
2)	Moneda convertible	135
3)	Moneda de curso forzoso	136
b)	Los modernos patrones de referencia	136
1)	El oro	136
2)	La moneda de un país extranjero (moneda “dura”)	137
c)	Respaldo y convertibilidad	138
6.	Responsabilidad del Estado	140
A.	Responsabilidad por omisión o ejercicio irregular del control bancario y financiero	140
B.	Responsabilidad por no defender el valor de la moneda.	141
C.	Responsabilidad internacional por modificación del sistema monetario nacional	144

TERCERA PARTE

LA BANCA EN CRISIS

LA BANCA EN CRISIS (“FAILING BANK”)

Distintos grados de intervención del BCRA en las entidades financieras en crisis. Noción de iliquidez. Diferencias con el concepto concursal de insolvencia. Las crisis sistémicas. Remedios. El artículo 35 bis de la ley 21.526. Cuestionamiento a la denominada “exclusión de activos y pasivos de las entidades financieras”

por MARIEL A. BERTANI, GABRIEL DEL MAZO,
MARCOS E. MOISEEFF y JORGE C. VIVIANI

1.	Introducción. El papel equilibrador del Gobierno en la economía de una Nación	151
----	---	-----

2. Concepto de supervisión bancaria	154
3. Consecuencias de estas funciones	160
4. La banca en crisis. La denominada <i>Failing Bank</i>	163
5. Distintos grados de intervención del BCRA en las entidades financieras en crisis	165
a) El rol de prestamista de última instancia del Banco Central. Noción de iliquidez	165
a.1) Legislación comparada	169
b) Iliquidez. Diferencias con el concepto concursal de insolvencia	170
6. Crisis sistémicas	181
a) Las raíces de las crisis bancarias.	181
b) El manejo de las crisis bancarias	182
b.1) Tres principios básicos.	183
7. Remedios. Las alternativas para resolver los problemas bancarios	186
a) Primera aproximación.	186
b) Frente al conflicto	186
c) Concluyendo	190
8. Nuevos vientos: exclusión de activos y pasivos. El artículo 35 bis de la ley 21.526	190
a) Introducción. Concepto.	190
b) La exclusión frente a los institutos similares.	194
c) Cuestionamientos a la denominada “exclusión de activos y pasivos de las entidades financieras”. El patrimonio excluido y el residual.	200
c.1) El patrimonio excluido	200
c.2) El patrimonio residual	209
c.3) Aspectos prácticos de la formalización de la exclusión	211
d) Conclusión	215
e) Derecho Comparado: Argentina, Brasil y Chile	216

CUARTA PARTE

QUIEBRA DE BANCOS Y DERECHO CONCURSAL

RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y TERCEROS Y ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD EN LA LIQUIDACIÓN POR QUIEBRA DE BANCOS

por GUSTAVO ESPARZA

1. Introducción. Metodología	223
2. El marco normativo. La Ley de Entidades Financieras y la Ley de Concursos y Quiebras	228
3. Algunas notas particulares en la confluencia de los ordenamientos normativos de la LEF y la LCyQ.	231
4. Responsabilidad y acciones resarcitorias en el concurso de quiebra. Marco normativo. Antecedentes.	237
4.1. Marco normativo vigente	237
4.2. Antecedentes	239
4.3. Sobre la actual normativa. Algunas notas sobre la reforma e interpretaciones de doctrina	239
4.3.1. Con respecto a la anterior normativa vemos que la ley 24.522 introdujo diversas modificaciones respecto de la ley 19.551	239
5. Sobre la responsabilidad de los representantes y el concurso de quiebra. El primer párrafo del artículo 173 de la LCyQ	242
5.1. La responsabilidad de representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido.	243
5.1.1. Naturaleza jurídica de la acción.	243
5.1.2. Legitimación activa	246
5.1.3. Legitimación pasiva.	248
5.1.4. Particularidades que presenta esta acción	250
5.1.4.1. Particularidades de esta acción de daños	251
5.1.4.2. Sobre algunas particularidades de este supuesto. El daño resarcible. Extensión	254

5.1.5. Particularidades procesales de la acción de daños	255
5.1.6. Las medidas cautelares	259
5.1.7. Alguna jurisprudencia en la materia	262
6. Sobre la responsabilidad de terceros y el concurso de quiebra. El 2º párrafo del artículo 173 de la LCyQ	264
6.1. La responsabilidad de terceros	264
6.1.1. Naturaleza jurídica de la acción.	265
6.1.2. Legitimación activa	268
6.1.3. Legitimación pasiva.	268
6.1.4. Particularidades que presenta esta acción	269
6.1.4.1. Particularidades de esta acción de daños.	269
6.1.4.2. Sobre algunas particularidades de este supuesto. El daño resarcible. Extensión.	269
6.1.5. Particularidades procesales de la acción de daños.	270
6.1.6. Las medidas cautelares	270
6.1.7. Alguna jurisprudencia en la materia	271
7. Las acciones de responsabilidad societaria. El artículo 175 de la LCyQ.	271
7.1. Socios y otros responsables. Un primer grupo de acciones que se excluyen del supuesto.	272
7.1.1. Naturaleza jurídica de esta acción	275
7.1.2. Legitimación activa	280
7.1.3. Legitimación pasiva.	281
7.1.4. Particularidades que presenta esta acción	281
7.1.4.1. Particularidades que presenta esta acción de daños	281
7.1.4.2. Sobre algunas particularidades de este supuesto. El daño resarcible. Extensión	285
7.1.5. Particularidades procesales de la acción de daños.	287
7.1.6. Las medidas cautelares	291
7.1.7. Alguna jurisprudencia en la materia	292
8. A manera de colofón.	292

QUINTA PARTE

BANCA Y RESPONSABILIDAD

EL CLIENTE BANCARIO COMO CONSUMIDOR

por JAVIER H. WAJNTRAUB

I. El cliente bancario como consumidor	295
II. La entidad bancaria como proveedora	301
1. La relación de consumo	302
2. Conceptualización del contrato de consumo	305
III. Protección del cliente bancario en el Derecho del Consumidor	306
1. Protección directa e indirecta	306
1.1. La protección directa	307
1.2. La protección indirecta	307
2. Ausencia de una legislación especial	308
3. La cuestión en la Ley de Defensa del Consumidor	308
4. Otras normas aplicables al crédito para el consumo	310
4.1. La Ley 21.526 de Entidades Financieras	310
4.2. La Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito	310
4.3. La normativa del Banco Central de la República Argentina	311
5. El rol del Banco Central de la República Argentina	311
6. Operación ligada a un préstamo	312
7. Tribunal competente	312
IV. Los derechos del consumidor frente al incumplimiento del proveedor	312
1. Derecho a suspender los pagos	313
2. Derecho a ejercer la acción para reclamar el cumplimiento	313
3. Derecho a la devolución del precio de adquisición del bien o de la prestación del servicio	314

4. Derecho a la reducción del importe del crédito inicialmente solicitado	315
5. Derecho a reclamar una indemnización por los daños sufridos	315
V. La problemática más amplia de la contratación bancaria	316
VI. Remedios procesales. Individuales y colectivos	316
1. Procesos colectivos	318
1.1. Los efectos de la sentencia en los procesos colectivos	321
1.2. El contenido patrimonial de derechos de incidencia colectiva	322
1.3. La perspectiva jurisprudencial	322
1.3.1. El caso “Halabi”	323
1.3.2. Otros casos relevantes	324
1.3.2.1. El caso “BNL”	324
1.3.2.2. El precedente “BAPRO”	325
1.3.2.3. Los autos “Proconsumer c/Banco Ciudad” y la distinción entre conceptos meramente restitutivos y daños	326
2. La cuestión de los acuerdos conciliatorios	326
VII. Conclusión	327

**RESPONSABILIDAD DE LAS CASAS MATRICES DE
LOS BANCOS EXTRANJEROS POR LAS DEUDAS DE
SUS FILIALES Y SUCURSALES EN ARGENTINA**

por **MARÍA CRISTINA O'REILLY**

.....	329
1. Introducción	330
2. Diferencias y similitudes entre el “Plan Bonex” y “el corralito”	331
3. Los grupos económicos	334
3.1. Enfoque preliminar	334
3.2. El velo societario	335

4. Casa matriz sucursal y filial: vinculación.	336
4.1. Sucursal.	336
4.2. Filiales.	343
5. Abuso de personalidad	346
6. Actuación de sociedades en sociedad.	352
7. Una teoría innovadora	353
8. La apariencia como fundamento de responsabilidad	354
8.1. Introducción	354
8.2. La publicidad	358
8.3. El daño	360
9. La apariencia como factor atributivo de responsabilidad.	361
9.1. Introducción	361
9.2. La apariencia en el supuesto de matrices de bancos	364
10. Breve referencia a la responsabilidad de los grupos en el Derecho americano.	368
11. Conclusión	371

**ABUSO INSTRUMENTAL DE LOS
ADMINISTRADORES DE BANCOS**

**OPERATORIA DE “BANCA DE HECHO” Y
EMISIÓN DE CERTIFICADOS “OFF SHORE”**

por **LUIS A. PORCELLI**

I. Operatoria bancaria. Antecedentes.	375
1. Habitualidad y contexto	375
2. Antecedentes.	377
II. Certificado <i>off shore</i>	377
1. Aspectos no veraces	379
2. Instrumentación.	380
3. Proposición de la operatoria	380
4. Intención de las partes.	380
5. Incumplimiento	381
III. Vínculos jurídicos.	381
1. Contrato de depósito.	381

2. Características generales del depósito	381
3. Regulación bancaria	382
4. Contabilidad. Hipótesis	384
5. Banca de hecho	385
6. Cesación de pagos	387
7. Otras consecuencias	387
IV. Evaluación de la “prueba” del “depósito”	387
V. Particularidades específicas	389
1. Depósito a plazo fijo	389
2. Certificados de depósito	389
3. Naturaleza jurídica	390
4. Aspectos adjetivos	390
VI. Obligación patrimonial de restituir	390
VII. Colofón	391

SEXTA PARTE

BANCA Y FINANCIAMIENTO

OBLIGACIONES NEGOCIABLES

por MARIO OSCAR KENNY

.....	395
<i>Capítulo I – Concepto</i>	396
<i>Capítulo II – Condiciones generales del empréstito</i>	401
A. El plazo del empréstito (vencimiento final)	401
B. Amortizaciones parciales	404
C. El capital del empréstito	406
D. El interés	408
E. Las garantías de la emisión	410
1. Obligaciones con garantía común	410
2. Obligaciones con garantía especial	410
2.a) Formalidades para su otorgamiento y cancelación	411

2.b) El crédito garantizado	412
2.c) Derechos del obligacionista con garantía especial.	413
3. Obligaciones con garantía flotante	413
4. La prenda con registro como posible garantía.	416
5. La posibilidad de una prenda común (con desplazamiento).	417
6. Garantía personal: el aval y la fianza.	418
7. El fideicomiso de garantía	420
8. El alcance de las garantías en las obligaciones convertibles	422
9. Momento de constitución de la garantía	423
10. Las obligaciones negociables subordinadas	424
F. La cláusula de rescate de las obligaciones	425
G. La modificación de las condiciones de emisión.	427
<i>Capítulo III – La protección de los obligacionistas</i>	<i>432</i>
1. Retiro voluntario de la oferta pública o cotización.	432
2. Sanción de cancelación de la oferta pública o cotización.	434
3. Fusión y escisión	435
4. Limitaciones a la distribución de dividendos o reservas en efectivo	436
5. Emisión de nuevas obligaciones negociables	436
<i>Capítulo IV – Obligaciones negociables convertibles en acciones</i>	<i>437</i>
1. Concepto	437
2. El derecho de suscripción preferente de los accionistas	438
3. El derecho de conversión: concepto y ejercicio	443
4. El derecho de conversión: tiempo de su ejercicio	446
5. El derecho de conversión: objeto.	448
6. La pauta o relación de canje (relación o precio de conversión)	450
7. El aumento del capital social por conversión de las obligaciones	454

8. Incidencia de la conversión sobre los intereses y los dividendos	458
9. La protección del derecho de conversión	459
9.a) Incumplimiento de la adjudicación de las acciones.....	460
9.b) La disminución del valor económico del derecho de conversión: planteo del tema y posibles soluciones	462
9.c) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Las soluciones de nuestra ley. Emisión de acciones, obligaciones convertibles y opciones sobre acciones	465
9.d) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Las soluciones de nuestra ley. Emisión de acciones integradas.....	471
9.e) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Las soluciones de nuestra ley. Reducción del capital por pérdidas	472
9.f) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Las soluciones de nuestra ley. Modificación del valor nominal de las acciones	474
9.g) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Las soluciones de nuestra ley. Distribuciones en efectivo o adjudicaciones de valores	475
9.h) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Las soluciones de nuestra ley. Otras operaciones que afectan el derecho de conversión.....	476
9.i) La disminución del valor económico del derecho de conversión. Protección convencional frente al reembolso anticipado	480

Capítulo V – La emisión de las obligaciones negociables 481

A. Entidades emisoras	481
B. Órgano competente para resolver la emisión	483
1. Sociedades por acciones cerradas	484
2. Sociedades por acciones autorizadas a la oferta pública de sus acciones	484

3. Sociedades cooperativas	484
4. Asociaciones civiles	485
5. Sociedades constituidas en el extranjero	485
C. El acta de emisión	486
<i>Capítulo VI – El régimen de circulación</i>	<i>489</i>
<i>Capítulo VII – La forma de documentación</i>	<i>490</i>
A. Obligaciones cartulares	491
B. Obligaciones escriturales	494
<i>Capítulo VIII – El contrato de gestión</i>	<i>498</i>
A. Antecedentes y concepto	498
B. Atribuciones del gestor (en general)	501
C. Atribuciones legales del gestor	502
D. Deberes del fiduciario en cuanto representante legal	505
E. Atribuciones necesarias del fiduciario, en ciertos casos	508
F. Funciones convencionales	510
G. Limitación o ampliación de las facultades del fiduciario	512
1. Por la emisora, en el respectivo contrato	512
2. Por la asamblea de obligacionistas	512
H. Retribución y gastos del gestor	513
I. Remoción, renuncia y vacancia del gestor	513
J. Extinción de la gestión por decisión de la asamblea	515
<i>Capítulo IX – La asamblea de obligacionistas</i>	<i>515</i>
A. Generalidades	515
B. Convocatoria, constitución y funcionamiento	516
1. Convocatoria	516
2. Lugar de realización	518
3. Constitución de la asamblea	519
4. Deliberación y votación	522
C. Obligatoriedad de las resoluciones. Su impugnación	523
D. Medios alternativos para obtener el consentimiento de los obligacionistas	525

<i>Capítulo X – Las acciones legales de los obligacionistas</i>	526
A. Competencia arbitral.	526
B. Competencia judicial	528
C. Acciones individuales.	529
1. Ejecución.	529
2. Otras acciones.	531
D. Acciones que corresponden al gestor o fiduciario de los obligacionistas	534