

Como forma de poner énfasis en la necesidad de que el Anteproyecto se someta a un estudio de fondo, meditado y sereno, examinaré uno pocos casos en particular.

A través de la Facultad de Derecho de La Plata, se presenta otro estudio

TITULO PRELIMINAR CAPITULO PRIMERO

1. SOBRE EL ARTÍCULO 1º DEL ANTEPROYECTO.

En el inicio de este abordaje he encontrado normas que me han producido cierta perplejidad, como por ejemplo, el artículo 1º.

Dispone que *"los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte"*.

Se trata de una declaración enunciativa, impropia de un Código Civil y Comercial en un Estado de Derecho.

El debido proceso judicial, que garantiza nuestra Carta Fundamental, trata e impone precisamente, que el juez declare que normas son las aplicables a los hechos controvertidos en cada caso en particular.

Jurídicamente esto es una obviedad.

Lo es también enunciar -innecesariamente por cierto- que para todos los ciudadanos y para el Poder Judicial en especial, rige la pirámide jurídica del llamado "nuestro Orden Jurídico Constitucional".

Está plasmado por los arts. 5, 31,33, 121, 123, las normas que prescriben "el debido proceso legal" que en un conjunto armónico, consagra la obligatoria aplicación sistemática de la Constitución Nacional, a partir de lo dispuesto por las declaraciones derechos y garantías de la misma, a los Tratados aprobados por leyes de la nación y a las leyes que en su consecuencia se dicten, y las que reglamentan el ejercicio de esas normas de la Ley Fundamental.

Si un Juez en un caso particular, dictara una Sentencia que fuera contraria a las leyes aplicables, a la Constitución o a los Tratados ratificados por nuestro País, dejaría abierta las vías recursivas ordinarias o extraordinarias –según el supuesto- a las que habilitan las leyes procesales en vigencia para estos casos (Poder reservado de las Provincias)

Los diga o no el Código u otras leyes, prima siempre la Constitución y el Orden Jurídico por ella implantado.

Es a lo que se recurre habitualmente en los procesos judiciales o administrativos en similares situaciones. Se obtendrá la revocación de la Sentencia así dictada -sin el ar-

ticulo proyectado- como ocurre en la actualidad y ocurrirá en el futuro, aún para actos no regidos por el Código Civil y Comercial y que no contienen dicha previsión.

Igualmente resulta una indicación carente de sentido el párrafo que contiene el mismo artículo y que dice: “*A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*”.

¿Y si no lo hace el Juez?

¿Y si no existe jurisprudencia (fallos repetidos concordantes) sobre el caso en examen o ni siquiera existen fallos aislados (que no son jurisprudencia)?

¿Cuál es el efecto de esta disposición?

Ninguno, si el fallo se encuentra debidamente fundado en ley o norma aplicable.

No estamos en el régimen Anglosajón.

Precisamente esa es la principal diferencia de dicho régimen, con el nuestro que es el del Derecho Positivo: En el derecho anglosajón y en los recipiendarios del mismo, rige la institución del “precedente judicial obligatorio” como regla de derecho. Sistema que tiende a preservar el “statu quo” social.

En el derecho anglosajón los jueces están obligados a resolver los casos que se les presenten ateniéndose a las soluciones de sentencias dictadas anteriormente en casos similares. Tanto por sus superiores jerárquicos (*stare decisis* vertical), como por jueces de la misma jurisdicción incluidos ellos mismos (*stare decisis* horizontal).

En nuestro sistema como es sabido, los jueces aplican normas, leyes del Derecho Positivo (tema sobre el que volveremos). No están sujetos a la regla del precedente ni siquiera de fallos Superiores (salvo y en principio para los acuerdos o Fallos Plenarios). Pese a que la Corte Suprema Justicia, declare su conveniencia en casos especiales.

Este artículo si se respeta la Teoría General del Derecho y del Estado, debe ser suprimido.

2. RESPECTO AL ART. 3º

Crítica de similar entidad me merece el artículo 3º.

Dispone: ***Deber de resolver***. “*los jueces deben resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.*

Esta norma no sólo es de naturaleza procesal e innecesaria en un Código de fondo, sino que, desde cierto punto de vista, deviene utópica.

Innecesaria porque los Códigos procesales (reservados por las Provincias) establecen uniformemente como requisito esencial de las sentencias definitivas, que las mismas **“deben contener los fundamentos y la aplicación de la ley”** Y además, que el juez en la apreciación de los hechos y prueba *“debe respetar las reglas de la sana crítica”* (ejemplo art. 163/164, 384, 456,474 y conc CPCBA, entre otros)

Además lo de “razonablemente” es utópico. Porque el Juez que dé fundamentos de su Sentencia como lo exigen las normas de rito, estará persuadido que son razonables (obvio para él subjetivamente). Si no lo fueran objetivamente, su Sentencia será revocable por infringir las normas procesales pertinentes y en última “ratio” eventualmente susceptible de ser impugnada por Arbitrariedad. Jurisprudencia acuñada por nuestra Corte Suprema de la Nación, en su interpretación señera de la ley 48 (art. 14)

Lo que no puedo asumir, es que la ley presuma que el juez dé fundamentos “irrazonables” a sabiendas de que lo son.

Porque estaríamos ante un caso patológico y sabemos que se debe legislar pensando en los sanos y no en los enfermos. Para eso estará el Jury de Enjuiciamiento.

Es mi opinión que el artículo debe ser derogado por ser de índole procesal y por ende está reservado al poder Provincial y no está delegado al Federal.

En último análisis, si se insiste en imponer una regla procesal en el Código de fondo o sustancial, se deberá suprimir la palabra “razonablemente”

3. SOBRE EL ARTÍCULO 2º. (a)

Realizaré una observación y crítica al artículo 2º en cuando intenta imponer un método o métodos de interpretación, intentando establecer un marco estrecho y rígido al denominado arbitrio judicial, en la aplicación del Código Reformado.

Muy importante por cierto porque se advierte la aspiración de erigirlo en norma interpretativa del Derecho Privado en general.

*Establece, el art. 2º: **Interpretación.** “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*

En los fundamentos del Anteproyecto (4.2. Reglas de interpretación) se expresa al respecto que “Se propone incorporar un artículo relacionado con reglas de interpretación, a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes. De conformidad con lo que

señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También, incluimos sus finalidades, *con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador*. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que *se permite una consideración* de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.” Más adelante agregan al respecto que “Se hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética **y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema**”.

Previamente (en el punto 4.1 Las fuentes) la Comisión fundamenta que “La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, *es decir una deducción*” (*sic*)

3.1. Lo que enuncia el artículo (y los fundamentos en este caso) excede en mucho el contenido de una norma del derecho común, aún en un Código de fondo.

Ello es así, pese a que forma parte del quehacer cotidiano de los Jueces, desde la vigencia del Estado de Derecho en la Argentina.

Se incurre además dentro de su propia lógica, en idéntico error (en esto es repetitiva) del antes criticado artículo 1º, que dejó dispuesto que “*La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte...*”;

La referencia a “*las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos*” está expresamente incluida en la norma del Art. 1º citado, cuando alude “...a los tratados en los que la República Argentina sea parte...”

Por ello –aunque no prosperara nuestra crítica al artículo 2º en su aspecto integral- se debe eliminar la referencia repetitiva impugnada y que dejo señalada.

3.2. Formularé en lo que sigue, una crítica de fondo y detallada, desde el punto de vista ius-filosófico, que por su carácter y en función de los fundamentos, se hace imprescindible.

Sostener –como se hace en los Fundamentos que he transcrito- que la labor judicial es meramente deductiva (subsumir los hechos en la norma, “*es decir una deducción*” *sic*) nos retrotrae en materia ontológica y hermenéutica, a etapas muy antiguas y superadas de la Filosofía y de la Teoría General del Derecho.

Lo mismo ocurre en tanto se intenta imponerle al Juez un cierto cepo hermenéutico.

Se pretende fijarle determinados métodos con exclusividad. Como el gramatical y el dogmático (por el dogma de la "ratio legis" o de la función finalista de la ley) excluyendo otros, según se dice, como el de la intención del legislador ("voluntas legislatoris" o método exegético). Y obviamente si el codificador reformista entiende que los que omite y por ello pretende que no lo puede utilizar el juez, consagra un absurdo.

En las discusiones entre lo más prestigios Catedráticos de las disciplinas iusfilosóficas, nacionales y extranjeros, referidas a método interpretativos y a ontología jurídica, se pretendió demostrar hace ya mucho tiempo, que al actuarse una norma, en su concreción a un caso particular, el juez efectuaba solo una labor de lógica deductiva (como recuerdo dicen los Fundamentos "subsumirlo en la norma, es decir una deducción")

En esas épocas pasadas esas corrientes hoy superadas, afirmaban que el Juez en su actuación, recurría a un mero proceso lógico de subsunción.

Esta postura tenía una base metodológica y ontológica previa, que ha quedado obsoleta.

Se estimaba que, tratada la ley (o la norma) convenientemente, ella quedaría en condiciones de ser aplicada en forma unívoca a todos los casos comprendidos en ella.

La corriente normativista, desde distintas postulaciones ontológicas, en algunos casos contemporáneos, con aportes de la axiología, ha demostrado la imposibilidad de querer transformar una norma, por vía de la interpretación lógica y sólo con ello, en un rotulo listo para ser aplicado al frasco del caso concreto. (6)

Métodos como el gramatical (aplicar las palabras de la ley porque es imposible no partir de él), el exegético y el dogmático, partían y parten, no solo de una exclusivista base filosófica intelectual que los invalida, sino que dan categoría ontológica exclusiva a ley o norma, terminando por identificarla con el derecho.

En la evolución del estudio de esta temática, a esta posición se dio en llamarla "El absolutismo de la ley".

Sometía e imposibilitaba un **estructurado** arbitrio judicial al dictar sus resoluciones. Porque se sostenía que el juez, por la aplicación de un método interpretativo a la ley, llegaba a una única y justa interpretación y con ello a una precisa solución.

No es necesario advertir que siglos de fallos encontrados o disímiles, aplicando las mismas normas –y en caso al mismo artículo de la ley- dieron cuenta que esa posición era y es quimérica; y filosófica y ontológicamente, incorrecta.

Vemos, entonces, que con la primacía de las palabras o de la letra (realismo ingenioso gramatical) o de la intención del legislador (subjetivismo exegético) o por el dogma

de la "ratio legis" o de la función finalista de la ley (método dogmático), se pretendía encontrar en la norma una única significación, que la dejara pronta a resolver el caso particular sometido al juzgador.

El juez de este modo era ajeno a la creación del derecho. Sólo realizaba una labor de lógica formal.

Se sostenía que como la ley preveía todo -y si no lo hacía se encontraba algún aforismo generalmente en Latín que la ayudara- una vez "interpretada" por uno de los métodos tradicionales, era cuestión de realizar operaciones lógicas para aplicarlas a los hechos.

El silogismo es la figura que mejor define esa supuesta actividad jurisdiccional y es lo que sostiene –en esencia- la Comisión Redactora en sus Fundamentos.

Es dable recordar que en la subsunción silogística, la conclusión a la que se arriba, está contenida en la premisa mayor.

Que poca valoración - o que corsé- para la actividad de los jueces.

Fenomenológicamente el Derecho en el ámbito judicial, demuestra lo contrario.

Por tal razón–mucho antes de ahora- no escapó a la consideración de los ius-filósofos modernos que la vida y los conflictos que en ella se producen, no admiten una previsibilidad absoluta por el plexo normativo.

He entendido por tal motivo a la ciencia jurídica, como la ciencia del matiz (por la gradación, por la variable escala a veces sutil) de las circunstancias del caso.

Ante la regla básica de derecho de que el Juez debe fallar en todos los casos que se le somete, se recurrió la creación doctrinaria de las "Lagunas de la ley". Como bien se ha sostenido, se así puso en crisis a todas las postulaciones metodológicas que sostenían que interpretada la ley esta quedaba lista para aplicarla al caso concreto por subsunción, que es lo que venimos objetando.

El problema de las "lagunas" o de la ausencia normativa para el caso particular, trató de ser solucionado con la operación lógica de la analogía.

Esta se encuentra muy cerca de los modos de creación del derecho por parte del Juzgador.

Vélez con su genio progresista se adelantó a su tiempo y en el art.16 estableció: "Si una cuestión civil no puede resolverse, *ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley*, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, *se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*"

Un especialista en derecho civil y comercial, pero en el fondo un jurista con una concepción iusfilosóficas de avanzada en el Siglo XIX.

Si se pretendió superar esta norma con el art. 2º, se ha incurrido en un grueso error.

Hace casi 150 años, lo normado por Vélez estaba más allá “de la altura de sus tiempos” y de ninguna forma establecía un cepo metódico, sino que pretendió superar lo relativo a las lagunas del Derecho, reconociendo la labor creadora de los jueces”

Hoy está consolidado el principio fundamental que el orden jurídico carece de lagunas. Por esa razón, se ha acuñado la norma constitucional (principio de libertad art. 19) “que todo lo que no está prohibido está permitido” o en términos precisos “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La analogía, en esencia –como es sabido- consiste en aplicar una norma a un caso no previsto en ella, por una relación de “ semejanza o identidad de razón”. Es natural que previamente se le aplicaba a la ley uno de los métodos interpretativos tradicionales.

De todo lo expuesto, las actitudes metódico-interpretativas, como la que pretende instalar el Proyecto, coincidían con ciertas premisas de fondo que podríamos resumir así:

a) La inteligencia era el único factor utilizable en el ámbito de la interpretación judicial;

b) Se afirmaba así, que la función del juez era meramente gnoseológica, es decir, constituida solo por actos de conocimiento (Hessen J. “Teoría del conocimiento) El objeto del derecho era un objeto ideal: la norma (no un objeto cultural como veremos)

c) Al identificar ley y derecho, finalizaban excluyendo al juez del campo jurídico de la creación;

d) Como consecuencia de todo lo anterior se negaba el arbitrio del Juez vertebra-do en el marco de la norma, como acto propio de la función del juzgador.

Dejaré de lado la tesis de la Escuela de derecho libre, porque es inaplicable en nuestro derecho. Pero es del caso dejar fundado que la función del juez no es meramente gnoseología como pretende la norma del art. 2º que cuestionamos, y los fundamentos del Anteproyecto, que por ello constituyen un retroceso.

En lo concerniente al arbitrio judicial y a la elección de un método de interpretación, cuando se niega el acto de **voluntad** del juez como concerniente o inherente a su función, se pretende imponerle uno o varios métodos.

En la posición del Anteproyecto, se convierte al juzgador en un órgano externo al Derecho y se hace de la ley el único objeto de su conocimiento. Es conocido que se lo intenta vanamente.

La realidad diaria nos impone a todos lo que estamos en contacto con la labor judicial, **que en ésta hay creación de derecho y no solamente un acto de lógica pura, silogístico o meramente del intelecto.**

Las modernas corrientes de pensamiento demuestran que el Juez también crea derecho, al dictar la norma individual para el caso individualizado (sentencia).

Se reconoce que el objeto del derecho es un **objeto cultural**, conformado por una triada inescindible de: Hechos (circunstancias del caso y pruebas), Valor (significación axiológica contenida en la norma) y Normas (las aplicables al caso dando su significación a la conducta normada).

En el Orden Jurídico como un todo sistemático, cada norma no es un concepto independiente que actúa por sí solo.

Por imperio de la Norma Fundamental de cada ordenamiento, se deben respetar las jerarquías del Orden Jurídico instituido, que deviene de esa Norma Fundamental (Constitución). Y todas ellas acatar y actuar el plexo axiológico jurídico que de allí surge, en cuya base está el Valor Orden, como fundante y en su cúspide el Valor Justicia, como valor fundamental.

La aplicación de cada norma necesariamente está coordinada y sistematizada con el orden jurídico al que pertenece, el cual debe dar solución a todos los conflictos que se planteen.

La lógica formal tiene una función importante en la explicación de la función judicial. No cabe duda que, como han reconocido la Corte Provincial y la Nacional, la hermenéutica judicial debe partir de una interpretación gramatical, esto es, “lo primero que debe hacerse (...) es establecer el recto sentido de las palabras de la ley”

Siempre se parte de lo que la ley “dice” y no de lo que nosotros queremos que “diga”

Pero a partir de Kelsen y las formulaciones iusfilosóficas posteriores hasta nuestros días, cabe afirmar que interpretar una norma es un acto que acompaña el proceso creativo de derecho que se encuentra implicado en la actividad del Juez, al aplicar las leyes. Este debe crear la norma individual, para un caso individualizado.

En este tránsito de una norma general superior a una inferior individualizada (sentencia en este caso) la actividad se encuentra regulada por la norma superior tanto en su forma como creando un marco de posibilidades para su contenido.

Es evidente que en éste último aspecto, ante la imposibilidad de regularse todas las circunstancias, debe existir en la norma, una indeterminación más o menos amplia según los casos. Pero siempre es un marco normativo que impide la arbitrariedad.

Es decir, que en cuanto a su contenido la norma a aplicar aparecerá como un marco de posibilidades. La decisión del Juez será conforme al marco normativo, si no excede de la estructura prevista allí prevista y dicta su sentencia (norma individualizada) de alguna de las maneras posibles.

No existe una única solución desde el punto de vista de la estructura normativa ni un solo método de interpretación.

Es indiscutible a esta altura del desarrollo del pensamiento jurídico, que la elección del Juez en su Sentencia, es un “acto gnoseológico y de voluntad”

Una toma de posición ante las circunstancias del caso.

Al no existir preferibilidad de posibilidades a priori, es imposible metodizar una única elección, en el sentido que pretendían las superadas técnicas metódico-jurídicas tradicionales (y que pretende el Proyecto).

No hay un único método que guíe el acto creador del Juez. Y es imposible imponerlo normativamente.

Esto conlleva que el Juez no tiene mayor seguridad de ser justo, que el legislador que actúa en el marco más amplio que le otorga la Carta Fundamental. Y al igual que el legislador, no tiene un único procedimiento de interpretación.

El problema que preocupa aún a nuestros más altos Tribunales y juristas es, si la circunstancia de que existan en diversas jurisdicciones interpretaciones jurisprudenciales encontradas aplicando la misma norma, viola o no, el principio constitucional de igualdad.

Como vemos por lo expuesto, el conflicto no puede solucionarse por la vía de expresar “que al menos una de las interpretaciones se aparta del verdadero sentido de la Ley porque no se han seguido los métodos establecidos”

Sólo se supera por la vía de tipificar y aceptar que esencialmente la labor del Juez depende de un juicio axiológico y de toma de posición en el marco de la norma y de acuerdo a las circunstancias del caso. Y que ello no involucra sólo un acto de lógica formal y de aplicar la subsunción de la silogística.

3.3. El arbitrio judicial es el grado de amplitud de decisión del juzgador en el marco de la norma conforme a las circunstancias del caso. El arbitrio queda vertebrado, limitado entonces en la necesaria elección, de una de las posibilidades fijadas en la norma. Lo debe realizar conforme al procedimiento que fija el orden jurídico y previa sistematización del precepto dentro de ese orden (que por ende es un todo armónico), el que lo obliga –como hemos insistido- a encontrar solución a todo el conflicto posible.

Se rechaza y se excluye que sea factible la aplicación de uno o más métodos, que proporcionen una significación única y unívoca a la norma en su aplicación al caso particular. Pero se rechaza con igual fuerza al fallo discrecional, arbitrario o sin fundamentos o fuera del marco legal.

Los métodos tradicionales partieron de la base que el Juez sólo interpretaba un objeto ideal, la norma en abstracto y de allí su pretensión uniformadora.

Pero el Juez al aplicar la ley, concreta esa norma a conductas normadas en conflicto, conforme a los hechos del caso particular y que conforman un todo, que es un objeto cultural y que por ende no es ni ideal ni abstracto.

Interpreta por diversos métodos. Y supuesta la validez y eficacia de un orden jurídico pre-constituido, creación, interpretación y aplicación de la ley, resultan términos no independientes.

El derecho adquiere realidad, aplicación y eficacia, por una toma de decisión del juzgador en un ámbito vertebrado normativamente. Habrá una aprehensión de circunstancias concretas (respetando las reglas de la sana crítica), a la que se sumará el querer o toma de posición del Juez, como acto voluntario.

El Juez es creador de derecho, ha dejado de ser una abstracción que nada vuelca de sí en el acto de juzgar.

No se puede por vía del solo conocimiento científico de la ley, resolver el caso particular. Porque no hay una única forma metodizada de elección que permita obtener de ella una única significación como justa. La norma y conducta mentada en ella (norma y hechos) valor y conducta, conducta normada, forman una estructura óptica compleja, no independiente para el juez.

La función jurisdiccional (órgano independiente) crea normas individualizadas (no otras cosas es la Sentencia) atribuyendo deberes, obligaciones y facultades a las partes del proceso, conforme a un contenido y a un procedimiento fijado en una norma superior.

LIBRO TERCERO

4. CONTRATOS BANCARIOS. SOBRE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

En los Fundamentos los Redactores manifiestan que *“Se define la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja. Se contemplan soluciones para los otros servicios, créditos y débitos, instrumentación, servicio de cheques, intereses, solidaridad, propiedad de los fondos, reglas subsidiarias, créditos o valores contra terceros. Se proponen textos especiales para el envío de resúmenes y cierre de cuentas, ya que son temas que causan conflictos en la práctica diaria.”*

4.1. El concepto y su definición.

En realidad con relación a los caracteres esenciales del contrato de cuenta corriente bancaria, los Fundamentos solo se refieren a la norma proyectada en el artículo **1393** el cual por otra parte, no ha recogido expresamente ninguno de los caracteres esenciales que la doctrina y jurisprudencia ha elaborado al respecto.

De esta manera ha quedado todavía para el debate, si el perfeccionamiento del contrato se opera en forma consensual (doctrina mayoritaria) o ello ocurre con el primer depósito en dinero que se opera en la misma (en tal caso sería un contrato real)

En tal sentido conforme lo expongo, al primer depósito se la ha otorgado la virtualidad de habilitar la cuenta. Es cumplimiento del contrato (sino el Banco no lo aceptaría) y constituye la habilitación del servicio de caja; especialmente si en el contrato se ha convenido que la cuenta se operará con cheques.

No ha sido clara la redacción al referirse a que *“el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista”*

El concepto de disponibilidad, a través de cualquier medio de extracción en la cuenta corriente, se encuentra siempre referido a “la existencia de fondos disponibles acreditados en cuenta o autorización a girar en descubierto”

Lo expuesto lo expongo a fin de aclarar que si el “*saldo actualizado*” es **deudor** (o negativo), no hay disponibilidad alguna para el cliente del Banco.

Como surge de la última parte del artículo 1393, el servicio de caja ha pasado a ser optativo, como queda dispuesto también en el artículo 1397: “*Si el contrato incluye el servicio de cheques, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes.*”

La reforma se aparta así del Código de Comercio vigente, que implanta “*Se debitarán en cuenta corriente bancaria los rubros que correspondan a movimientos generados directa o indirectamente por el libramiento de cheques*” (arts. 783/94).

Para el Código el servicio de caja a través de cheque es esencial. (Ver Reglamentación dictada por el BCRA- TO 2011 regla 1.2.)

El artículo 1397, es claro en que el servicio de cheques es optativo.

Los art. 1395 y 1396, hacen referencias explícita a otros servicios de caja (débitos y créditos) por otras vías, como pueden ser meras registraciones o asientos bancarias, mecanismos electrónicos, de computación, extracciones por tarjetas de débito, de crédito, débitos y créditos por compraventa de títulos, o bonos, débitos de comisiones por cajas de seguridad, o por custodia de títulos valores etc.

Se ha dado legalidad en el Proyecto a la hasta hoy no permitida, cuenta corriente bancaria no operativa (sin uso de cheques).

La cuenta corriente pasa a ser el registro contable de todas las operaciones del cliente con el Banco aún sin cheques (en el derecho Italiano, se la denomina cuenta corriente de correspondencia)

Es decir que se acreditan todas los movimiento que originen dinero a pagar al Cliente cuentacorrentista y se debitan todas las operaciones pactadas con el Banco y los costos de las mismas que deba abonar el mismo.

Sólo se diferencia con el sistema actual, que puede no tener chequera el cliente.

En este aspecto la innovación merece crítica.

Los bancos en la actualidad pueden munirse de un título ejecutivo de excepción (creado por ellos mismos en forma unilateral) sólo otorgado por la ley desde su origen, para la cuenta corriente bancaria con servicio de caja para el pago de cheques.

Elemento esencial que queda derogado por el Proyecto.

Hasta ahora el Código, el BCRA., la doctrina y jurisprudencia le niegan validez, a la cuenta corriente bancaria llamada no operativa. Entendiendo por tal a la que, no teniendo el uso de cheques, se utiliza para debitar operaciones con el Banco **que su im-**

pago no habilitaría un título ejecutivo. Como todo lo que implica el cobro de comisiones, canon servicios de cajas de seguridad, custodia de títulos, compra de valores, de moneda extranjera, entre otros.

Si se aprueba la derogación, estas cuentas y ese procedimiento será válido y el saldo impagos de esos débitos, se ejecutarán por vía ejecutiva (ver art. 1406 que trata sobre la “Ejecución de saldo deudor”)

Más criticable aún es que el proyecto también modifica al art. 795 del Código de Comercio, permitiendo la capitalización **mensual** de los intereses. En su art. 1398 establece: “*El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan mensualmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que ese saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten*”

Antes de continuar debo remarcar que el párrafo final **es redundante**, salvo la frase “*y a la tasa que libremente pacten*”, porque ya está expresado previamente, que los intereses “*se capitalizan mensualmente “excepto que lo contrario resulte...de la convención...”*”

Volviendo al tema.

Si en la actualidad, con la capitalización trimestral a las más altas tasas que se aplican por los Banco desde siempre al saldo deudor en cuenta corriente bancaria, se concluyen en cifras de progresión geométrica, ni que decir de aprobarse la capitalización mensual.

Recuerdo (y observo al Proyecto) que la ley sobre tarjetas de crédito 25.065 para terminar con los abusos, dispuso en su artículo 42º, que “Los saldos de Tarjetas de Créditos existentes en cuentas corrientes abiertas a ese fin exclusivo, no serán susceptibles de cobro ejecutivo directo. Regirá para su cobro la preparación de la vía ejecutiva prescrita en los artículos 38 y 39 de la presente ley”

Ahora la ley permitirá excesos de otro tipo con rubros o conceptos, que por sí solos no traerían apareada ejecución, pero que se cobrarán, como “saldo deudor de la cuenta”, por vía ejecutiva. (Art. 1406 citado).

4.2 INEXPLICABLE OMISION DE LEGISLAR SOBRE LA REVISION DE LA CUENTA.

En la actualidad existe una severa divergencia jurisprudencial y doctrinaria, suscitada hace ya muchos años, respecto al concepto, condiciones de pcedibilidad, objeto y prescripción referidos a los medios de impugnación (judiciales o en sede bancaria) dirigidos a observar, impugnar, arreglar, revisar o rectificar los saldos que arroje la cuenta corriente bancaria.

Es más, se ha incrementado en la actualidad la litigiosidad referida a éste tema.

Para tener un primer enfoque de la crítica que le formulo en este acápite al proyecto, sólo es necesario aludir a las discrepancias que se provocan respecto a este tema. Basta mencionar que para lograr mayoría de opiniones en un fallo, en **una sala** de la Cámara Comercial de la Capital federal (que citaré más adelante) debieron votar nada más ni nada menos que 7 Camaristas.

Se esperaba entonces que una reforma tan ambiciosa e innovadora en aspectos sociales muy trascendentes, como se anunciaba que era este Proyecto, no omitiera hacerse cargo de este aspecto negocial de relevancia. Notable para el consumidor del servicio bancario de cuenta corriente, cuyo tratamiento no ocupa.

La legislación de fondo que estamos examinando, debe proveer las acciones en caso de contradicciones entre las partes, acordes con el derecho sustancial sobre el que legisla, sobre todo en un contrato de adhesión, con preeminencia del banco.

Como comentamos en un acápite anterior, la Corte Suprema, reconoce en esos casos la constitucionalidad de las normas procesales que dicte el Congreso Federal, como el propio Proyecto lo formaliza en variadas oportunidades.

Veamos cual son los fundamentos y la necesidad de prever, en el Código de fondo las acciones revisorias del saldo, más allá de la polémica jurisprudencial.

La Cuenta Corriente Bancaria es un contrato típico, por el cual el cliente usualmente persigue un servicio de caja por medio de un banco en el que, mediante depósitos o autorización a girar en descubierto, se abonan sus órdenes de pago formuladas mediante cheques o autorización de efectuar sobre la cuenta otros tipos de débitos y créditos a cuyo fin debe mediar convención expresa. El banco debe mantener un saldo actualizado diariamente y en disponibilidad del cuentacorrentista, si tiene fondos suficientes acreditados en cuenta. (Ver art. 1393/93 del Proyecto, doctrina y jurisprudencia conteste con ello)

La voluntad constitutiva (consensual) obliga al banco a realizar débitos, asientos o crédito en el futuro y compensarlos, lo cual se produce de pleno derecho.

Dado el carácter normativo del contrato, el mismo le da unidad de causa a la conexión objetiva de diversas prestaciones (créditos y débitos) que se unificaran en la Cuenta Corriente diariamente (Art. 797 y 793 del Cod.Com. vigente 1393/1395 Proyecto).

La obligación del banco, es preexistente a las acreditaciones o débitos que se formulan o realizan sobre la cuenta. No surge en el momento mismo de las anotaciones contables. Ha nacido con anterioridad por efecto de la voluntad consensual constitutiva de los contratantes al celebrar el contrato normativo.

En función del principio básico del derecho privado argentino, que no hay obligación válida y exigible sin causa lícita (Arg. Art. 499 del Código Civil) todo débito que el Banco realice, obedecerá a lo pactado genéricamente con el cliente al respecto y en cada caso se deberán ostentar una causa válida y lícita y deberá contar con el respaldo documental correspondiente.

Es decir que cuando el Banco emite las constancias de los movimientos de la CCB (extractos o resúmenes) cada crédito y cada débito que origina un saldo instantáneo y diario (cuadro o estado contable por el que se expresa la CCB) por imperativo legal debe tener comprobantes que la respalden.

Cualquier movimiento debe obedecer a una causa, la que generará la documentación necesaria. No hay rendición de cuentas válida, sin respaldo documental (art. 858/860 Proyecto; Art. 68 Cód. Comercio vigente)

Todo débito (o crédito) que no se respalde en un comprobante legítimo y no se ajuste a él en su causa, importe, fecha y a lo establecido por la ley, es indebido, irregular, viciado o ilícito, según el caso.

Por ende el cuenta correntista puede objetarlo, impugnarlo, observarlo y por ende pedir la rectificación de una o más partidas o la revisión total del saldo indebidamente producido o requerir – en su caso- su rectificación o revisión judicial.

Otro tema que correspondía encarar es el concerniente al plazo y a los procedimientos y/o acciones que se deben cumplimentar o en su caso instaurar el cuenta correntista, para obtener una revisión o rectificación (por ahora no hago diferencias conceptuales o terminológicas).

Parte de la doctrina y jurisprudencia que encuentro desacertada y minoritaria, entiende que si el cuenta correntista dentro del plazo legal no observa el resumen o extracto de la cuenta emitido por el Banco, **el concepto legal de “definitivo a la fecha de la cuenta” implica que no puede discutirla a posteriori.**

Adherimos sin dudas, a la posición jurisprudencial y doctrinaria, que sostiene que la definitud a la que alude la ley, no impide accionar judicialmente para obtener que se invalide el débito por error de cálculo u omisiones (aquí se engloba a los créditos sin causa por ejemplo) o a las sumas que indebidamente o sin respaldo documental han sido llevados al débito o crédito o si existen duplicaciones de partidas. Lo mismo en el caso de interese abusivos o usurarios.

Pero muy lamentablemente el Proyecto omite legislar sobre este tema y además no contempla ninguna norma, como el actual art.790 del Cód. de Comercio, en la cual la jurisprudencia pudo fundar hasta ahora en forma mayoritaria, la instancia revisora.

Tampoco prevé plazo de prescripción.

El texto del art. 790: “La acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de 5 años. En igual término prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en períodos más cortos.”

El artículo 1437 del Proyecto relativo a la cuenta corriente común, establece solamente “**Ineficacia**. La inclusión de un crédito en una cuenta corriente no impide el ejercicio de las acciones o de las excepciones que tiendan a la ineficacia del acto del que deriva. Declarada la ineficacia, el crédito debe eliminarse de la cuenta”

Como se ve no se hace cargo de la magnitud del problema que dejamos planteado con relación a la cuenta corriente bancaria.

Por lo demás el Proyecto en ningún artículo expresa que las normas de la cuenta corriente común (hasta ahora llamada comercial) se aplican supletoriamente a la Cuenta Corriente bancaria.

Estimo que el Proyecto, para superar la “vexata quaestio” que vengo desarrollando, debió seguir los lineamientos del caso resuelto a través de una mayoría integrada por 6 jueces- en la causa "Avan S.A. c/ Banco Tornquist" (CN.Com. Sala A integrada, 17/02/2004, LL 2004-D-948) en el que se fijó como criterio rector la posibilidad de revisar los saldos de las cuentas corrientes bancarias, a través de una interpretación amplia de lo dispuesto por el artículo 790 del Código de Comercio que prevé 3 tipos de acciones:

- La de arreglo de las cuentas.
- La de pago del saldo.
- La de rectificación.

Es decir, que por vía de esta norma, se admitió la alternativa de cuestionar los errores de hecho, formales o de cálculo (acción de rectificación) de la cuenta corriente bancaria conforme lo había interpretado la doctrina tradicional. También amplió su alcance a la posibilidad de llevar adelante una revisión sustancial de todos los movimientos registrados en la cuenta, dentro del plazo 5 años.

Es una lamentable ausencia en el proyecto.

Agrego algo más. El art. 1403, inc. b) del Proyecto que dispone *“El resumen se presume aceptado si el cuentacorrentista no lo observa dentro de los DIEZ (10) días de su recepción o alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir TREINTA (30) días desde el vencimiento del plazo en que el banco debe enviarlo, sin reclamarlo”*.

Casi seguramente la ausencia de acción de revisión o rectificación, ensamblada con esta norma, se podrá utilizar “como lápida”, que impida corregir todo tipo de irregularidades que no es inusual que cometan los bancos.

Especialmente los casos de intereses abusivos, que unidos a la capitalización mensual que ahora se autoriza, los harán más que usurarios. Lo mismo acontecerá con las comisiones inventadas (vr. gr. “análisis crediticio”) o desmedidas y otras lindezas, a la que nos tienen acostumbrados la banca argentina cada vez que los negocios les van mal.

Una de las más severas observaciones que a nuestro criterio merece el Proyecto, **es que no se conocen los motivos o razones que llevaron a suprimir artículos muy importantes del Código Civil y del Comercial sin encontrar normas que los desplacen, modifiquen o se den fundamentos que los hagan innecesarios** (ver art. 499 del Código Civil Vigente y el 790 del Condigo de Comercio que citamos).

4.3. REQUISITOS CRITICABLES PARA EL TÍTULO EJECUTIVO.

En el régimen de la cuenta corriente bancaria vigente desde hace largo tiempo, en el caso de falta de pago en término del saldo deudor de la misma, el Banco procede a expedir un certificado que documente o acredite el importe de ese saldo deudor. Dicho certificado es expedido con la firma conjunta de dos funcionarios de la entidad, que firman por Gerente y por Contador, respectivamente y el mismo tiene fuerza ejecutiva. (Art. 793 del Cod. Com., modificado por art. 2º del Decreto-Ley N° 15.354/46)

La circunstancia de que el Código de Comercio vigente, modificado por el Decreto que cité, disponga que “Las constancias de los saldos deudores en cuenta corriente ban-

caria, otorgadas con las firmas conjuntas del gerente y contador del banco serán consideradas títulos que traen aparejada ejecución” tiene variados fundamentos, que han merecido una invariable ratificación en sede judicial, ante numerosas excepciones que se han opuesto en estos años en todas las jurisdicciones.

En los inicios de esa legislación trajo controversias si las firmas debían ser **del** Gerente y **del** Contador del Banco, pero finalmente ha quedado receptado de manera uniforme por nuestra jurisprudencia, que la firma debe ser por aquellas personas, que en el régimen interno de la Entidad Financiera, tengan autorizadas las firmas **por** Gerente y **por** Contador.

Es decir que en la actualidad no existen controversias que den motivo de modificación o cambio. La regulación vigente está consolidada y su interpretación es uniforme y armónica.

Pero hete aquí que el Anteproyecto ha querido innovar y sin expresar razón al respecto en los Fundamentos del mismo, propone en el art. 1406 -al tratar la Ejecución de saldo deudor, que: *“Producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista, si el banco está autorizado a operar en la República, puede emitir un título con eficacia ejecutiva. El documento debe ser firmado por DOS (2) personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar: a) el día de cierre de la cuenta; b) el saldo a dicha fecha; c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista. El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título”*

Lo que llama la atención en primer lugar es el requisito de validez del certificado que consiste en que solo se lo puede emitir *“si el banco está autorizado a operar en la República”*

La cuenta corriente bancaria en el país, únicamente puede ser abierta en un Banco Comercial (Art. 20/21 Ley de Entidades Financieras y BCRA comunicación A 2329). El mismo debe funcionar acuerdo a las leyes vigentes y el encargado del control de que no operen en plaza Bancos no autorizados, es el Banco Central de la Republica Argentina.

No se entiende porque innecesariamente se “abre la puerta” a una excepción dilatoria.

O por qué se impone un nuevo y superfluo requisito burocrático: que cada banco deje constancia de su autorización para funcionar en título ejecutivo. En atajos para demorar el juicio, también podrá ser objeto de impugnación por su falta, insuficiencia etc.

No puedo representarme que – vr. gr.- el Banco Nación o el Banco de la Provincia

de Buenos Aires, con más de un siglo de actividad, entre otros, deban justificar esa requisito que es público y notorio, o que en el caso de otras Instituciones se llegue a librar un oficio al respecto (i)

Soy de opinión que se debe eliminar la nueva exigencia.

Inmediatamente el artículo exige que *“El documento debe ser firmado por DOS (2) personas, apoderadas del banco mediante escritura pública”*

La exigencia de la escritura pública es a todas luces innecesaria, por cuanto hace al Régimen interno del Banco autorizar esas firmas.

En el caso de los Bancos Estatales del País, que son Entes Autárquicos, los que expiden esos certificados son funcionarios públicos y por ello la escritura es superflua.

Hago notar que la obligación de extender actos, contratos o actuaciones por escritura pública, **es más numerosa que en la legislación vigente**, y en muchos casos debió quedar abierta la posibilidad que se extendiere indistintamente por documento privado. También pudo ser la alternativa el documento privado con la certificación de firmas, como lo hace el art.1855.

Pueden verse entre otros los requerimientos de escritura pública en los arts. 169, 448/449, 1017,1618, 2038, 2044, 2089, 2137, 2299 y 2302 inc. b). Y conste que he omitido todos aquellos supuestos, en los que la exigencia coincide con el derecho vigente, por ejemplo arts. 106, 448/49, 1611, 1017 (5 casos) 1234,1552, 1601, 1618 etc.

En cuanto a los requisitos se imponen en los ítems *a), b) y c)* del artículo 1406 en vista, son pocos, y en todo caso, propios de las reglamentaciones del Banco Central respecto al funcionamiento de la Cuenta Corriente Bancaria. (Art. 66 ley de Cheques vigente)

En última “ratio” el Anteproyecto debió establecer, que en el certificado *“como mínimo se debe indicar”*

No es inusual que una persona o empresa tenga más de una cuenta, en casos plurales o personales, por lo que normalmente se los identifica, con nombre y apellido completo de los titulares de la cuenta y de los ordenatarios, domicilios de cada uno registrado en el Banco, número de la cuenta corriente bancaria y su CBU, y todos los datos identificatorios de la Casa o Sucursal en la que operaba dicha cuenta.

Tanto por las normas vigentes, como por las que se establecen en el Anteproyecto en materia de responsabilidad, resulta innecesario el último párrafo que instituye *“El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título”*

Debe ser suprimido.

ROBERTO HORACIO LAVIGNE

Profesor Extraordinario Consulto UNLP

DNI 5158602

(a) Respecto a todo lo tratado en este acápite puede verse: KELSEN, HANS, "Teoría Pura del Derecho", Eudeba, ps. 147-178; "La Idea del Derecho Natural, y otros Ensayos" (Losada, ps. 238/265) "Teoría General del Derecho y del Estado", (México, ps. 150/168; 370/187) Cossio, CARLOS, "El Derecho en el Derecho Judicial", (Abeledo, ps, 113/185 y 207;) "Impugnación egológica de la Escuela del Derecho Libre", (Rev. LA LEY, t. 115, p. 888) "La Plenitud del Orden Jurídico" (Losada, ps. 139/262) "Teoría de la Verdad Jurídica", (Losada, ps. 245 y sigts.) HECK PHILIPP, "El Problema de la Creación del Derecho" (Ariel, Barcelona, ps, 31 y sigts.) SCHAFFER, VÍCTOR M., "El Jurista ante la Ley Injusta" (México, ps. 35/83) Recaséns Siches, Luis. "Nueva filosofía de la interpretación del Derecho", (C. E. F.,) Ross, ALF. "Sobre el Derecho y la Justicia", (Eudeba, ps. 105/150) BORGA, ERNESTO: Voz. "Arbitrio Judicial" en Diccionario Jurídico Omeba; CASTAN Tobeñas, JOSÉ, "Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho. Metodología y Técnica Operatoria", (Reus. Madrid, ps. 58 y sigs) Del Vecchio, Giorgio, "Filosofía del Derecho". (Bosch, Barcelona. ps. 384 y sigts.;) Reichel HANS, "La Ley y la Sentencia", (Reus, Madrid), Lavigne, Roberto Horacio "Ambito jurisdiccional e interpretación de la Ley" LL. Tº 122-1104.