

CSIC-

PAIE

Estudiantes:

Federico Samudio,

Gisella Tejera,

Pedro Boado

Docente orientador:

Gerardo Caffera

M. J. Haraguira
Marzo 1875 -
CÓDIGO CIVIL

DE LA

REPÚBLICA ORIENTAL

DEL URUGUAY

Ministerio - Consulado y Comarcas -



**[ABORDAJE CRÍTICO DE LAS
DOCTRINAS DEL ABUSO, A
BUENA FE Y LA OPERACIÓN
ECONÓMICA]**

ROSA BOURET, VISCONTI 23

1871



Contenido

INTRODUCCIÓN	5
EL CASO BANDES VS SURCOS VISTO DESDE EL REALISMO CRÍTICO	9
1. Realismo crítico	9
2. Ideología y decisiones judiciales	10
3. El proceso de decisión	11
3.1 Análisis descriptivo 1: La solución del Juez de Primera Instancia	11
3.2. Análisis descriptivo 2: La solución del tribunal de Segunda Instancia	13
3.3 Análisis descriptivo 3: La solución de la Suprema Corte de Justicia	14
4. Compromiso ideológico	15
4.1 Posturas altruistas	15
4.2 Postura individualista	17
5. El recurso a argumentos formales de forma retrospectiva	18
5.1 El “comportamiento estratégico” de la Juez de Primera Instancia.....	18
5.2 El “comportamiento estratégico” del Tribunal de Segunda Instancia	21
5.3 El comportamiento estratégico de la Suprema Corte de Justicia	23
6. Conclusiones.....	25
LA CULPA DEL BANQUERO. ANÁLISIS SUBJETIVO DEL “CASO BANDES”	27
Introducción	27
1. La culpa en la responsabilidad contractual	29
2. La especial responsabilidad de los funcionarios banqueros.....	35
3. Caso Banded Uruguay S.A. Vs. Los Surcos S.R.L.....	44
4. Caso Credit Uruguay S.A. Vs. Daltex Trading S.A.....	54
Consideraciones finales del capítulo.....	64
EL CASO LOS SURCOS C/ BANDES VISTO DESDE LA DOGMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO	67
INTRODUCCIÓN.....	67
A. El objetivo del trabajo	67
C. La naturaleza de las normas de interpretación.....	68
D. Dos tesis sobre qué prescriben las normas.....	70
1. DESPEJANDO EL CAMINO.....	71
1.1 Distinción entre interpretación contextual y manifestación de voluntad tácita. ...	71

1.2	Requisitos de suficiencia de la manifestación de voluntad tácita como fuente autónoma.	73
1.3	Límites al alcance de la manifestación de voluntad tácita y su aptitud derogatoria de la expresa.	74
2.	LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO	76
2.1	Qué, cómo y con qué.	76
2.2	<i>In claris fit interpretatio</i>	77
2.3	Su finalidad.	78
2.4	La interpretación jurídica del contrato.	78
3.	TESIS MAYORITARIA SOBRE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: 1298 COMO NORMA FUNDAMENTAL	80
3.1	La común intención como objeto de la interpretación.	80
3.2	Argumentos doctrinarios que se han sostenido	81
	A. <i>In claris non fit interpretatio</i>	82
	B. <i>Error en la redacción del 1298</i>	82
3.3	Construcciones argumentativas no planteadas por la doctrina.	84
4.	APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE LA TESIS MAYORITARIA AL CASO LOS SURCOS – BANDES	87
4.1	Elementos insuficientes.	87
4.2	Elementos suficientes	92
5.	TESIS MINORITARIA SOBRE INTERPRETACION DEL CONTRATO: 1297 COMO NORMA FUNDAMENTAL	95
5.1	El texto como objeto de la interpretación.	95
5.2	Contraargumentos	96
	A. <i>In claris fit interpretatio</i> . Revisión.	96
	B. Argumento del error de redacción.	97
	C. Respecto a los argumentos de conveniencia.	97
5.3	La correcta lectura del 1297.	98
5.4	El problema de presuponer cuál es el objeto de la interpretación.	99
5.5	El contrato más allá de las partes: seguridad contractual en la sociedad.	106
5.6	El objeto de la interpretación es un punto de llegada.	107
6.	INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO BANDES – SURCOS CONFORME A LA TESIS MINORITARIA	109
6.1	Contrato de línea de crédito con cesión de créditos en garantía	109
6.2	Contrato de descuento pactado en el contexto del contrato de línea de crédito anterior.	110

6.3	Contrato de apertura de cuenta corriente.....	110
	CONCLUSIONES DEL PRESENTE CAPÍTULO.....	111
	¿LOS JUECES PUEDEN APLICAR POLÍTICAS PÚBLICAS? UN ANÁLISIS POLÍTICO DE LOS EFECTOS DE LA OPERACIÓN ECONÓMICA	114
	Introducción	114
1.	¿Qué son las políticas públicas?.....	115
2.	¿Por qué los jueces no pueden hacer políticas públicas?	117
2.1	La aptitud regulatoria de los Tribunales. La jurisdicción como mediación. La concepción tradicional de jurisdicción	118
2.2	La distribución de la potestad regulatoria.	120
2.2.1	La relación Estado-sociedad civil.....	120
2.3	Aplicación mecánica y aplicación discrecional de las normas.....	122
3.	La operación económica y su incidencia en los contratos.	124
3.1	El contrato como estructura.	124
3.2	El rol de la operación económica.	128
3.3	Una aproximación discursiva.	130
4.	La sentencia.....	131
4.1	La superación del imperativo categórico	132
4.2	El Protocolo Comercial y el problema de la ponderación.	133
4.3	El uso de la operación económica	137
4.4	La incidencia de las políticas públicas en la motivación del fallo.....	140
	Conclusiones del capítulo.....	141
	CONCLUSIONES FINALES	144
	FIRMAS	147
	ANEXO	148
	FORMULARIO DE INFORME FINAL	148
	Universidad de la República – CSIC	148

INTRODUCCIÓN

Las normas e instituciones del Código Civil uruguayo responden a una ideología de corte netamente liberal, y sus raíces pueden buscarse con razón en el Código Civil Napoleónico de 1804, el cual constituyó uno de los aportes más interesantes de la revolución francesa.

En virtud de ello, como ha destacado la doctrina uruguaya y puede corroborarse mediante un análisis pormenorizado de sus disposiciones, estas están guiadas por los principios fundamentales derivados de la revolución francesa, a saber: la libertad, igualdad y fraternidad.

Cada uno de estos principios tiene su reflejo en nuestra legislación civil. A modo de ejemplo, podemos mencionar cómo la libertad es causa de la consagración del dogma de la autonomía de la voluntad, motor indispensable en la consecución de los intereses privados que se desenvuelven en una economía guiada por las leyes del mercado.

En términos sustancialmente similares podemos mencionar como la igualdad tal cual la entendían los burgueses del siglo XIX ha permeado nuestro sistema jurídico, desinteresándose por la igualdad sustancial y reconociendo en su máxima expresión la igualdad ante la ley. En último lugar, se destaca la incidencia de la fraternidad en conceptos de derecho privado como la buena fe.

Este régimen del Código Civil se aplicó sin cortapisas hasta comienzos del Siglo XXI, ocasión en la que el Poder Legislativo sanciona la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, provocando una vuelta de tuerca en la aplicación del Derecho Contractual a los contratos no-paritarios. Este escenario constituyó el campo propicio para que se introdujeran cambios en la modalidad de interpretación de los contratos, y permitió la entrada de categorías jurídicas innovadoras, que centraban su atención en el vulnerable.

En la actualidad, y principalmente a través de los profesores Jorge Gamarra y Juan Blengio, parte de la doctrina civilista uruguaya ha extraído de la doctrina

italiana una categoría jurídica denominada “operación económica”, la cual implica, según sus sostenedores, un avance racionalizador en la interpretación de los contratos, y más puntualmente en aquellos contratos coligados, que conforman una relación contractual compleja.

Es esta nueva tendencia, sumada a la buena fe y el abuso de derecho, que comprometen intereses similares, la que ha motivado a este grupo de estudiantes a investigar las consecuencias que conlleva su recepción y posterior aplicación tanto a nivel de la dogmática civil, como en lo que respecta a sus repercusiones en el sistema político y económico.

Con este propósito marcado, hemos decidido tomar como punto de partida la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 475/2014 en la cual se utilizaron las categorías jurídicas de la buena fe, el abuso de derecho y la operación económica, para interpretar una relación contractual bilateral y en base a los cuales se compuso el litigio en cuestión. En base a ella se pretenden demostrar las complejidades que provoca la aplicación de estas categorías jurídicas, mediante un estudio pormenorizado de las soluciones que promueven y de los fundamentos sobre los cuales se erigen.

El abordaje de la investigación se ha asentado sobre diferentes aristas divididas en sendos capítulos. Se advierte al lector que los distintos enfoques tienen la peculiaridad de que el empleo de cada uno de ellos supone la utilización de proposiciones teóricas diversas, en atención a las características particulares que presenta cada uno de ellos.

Por un lado se encuentra el enfoque subjetivista. Bajo el mismo se analizará la estrategia judicial empleada por los jueces para dilucidar el conflicto, con especial atención a los intereses que realmente tuvieron incidencia en la composición del litigio, de forma de advertir y mostrar como la ideología de los jueces penetra en sus decisiones judiciales provocando soluciones antagónicas entre los distintos órganos del Poder Judicial.

En segundo lugar, analizáremos la decisión judicial desde su aspecto normativo. El objeto de este tópico es el estudio de cuál sería, desde nuestra perspectiva, la solución que se deriva de un enfoque formal del derecho civil uruguayo, en el cual nos limitaremos exclusivamente a realizar un análisis basado en la interpretación de la norma jurídica privada.

Por último, se empleará un estudio en base a un enfoque consecuencialista. A partir del mismo se atenderán los efectos que se derivan de seguir una política conforme a la que plantea la Suprema Corte de Justicia en sus considerandos, lo que conlleva preliminarmente, un análisis acerca de la posibilidad o no que existe en que un órgano judicial pueda generar políticas públicas.

I

ENFOQUE SUBJETIVO

EL CASO BANDES VS SURCOS VISTO DESDE EL REALISMO CRÍTICO

1. Realismo crítico

Hemos decidido abarcar el estudio del caso Banded vs. Surcos desde un análisis poco difundido en el medio jurídico uruguayo, a través del cual procuramos desenmascarar la estrategia utilizada por los distintos jueces que tuvieron participación en el mismo, poniendo al descubierto elementos de real importancia en la dilucidación del conflicto.

El examen de tipo realista crítico implica un enfoque muy distinto al que se acostumbra a usar por todos los operadores jurídicos en las distintas ramas del derecho. Es realista, considerando desde ya que se deja atrás aquellas verdades absolutas que derivaban de la metodología formalista, para avocarse al examen de las normas tal como se presentan en la realidad, es decir, tomando en cuenta las implicancias fácticas que rodean del uso de las éstas, y comprendiendo, que las mismas cuentan con un alto grado de indeterminación lingüística.

El derecho se presenta para los realistas, como una herramienta para la prosecución de los fines sociales y no como un fin en sí mismo, resultando que el mismo deba ser estudiado en consideración de sus consecuencias sociales.

A los efectos del presente trabajo, debemos detenernos en la visión de los realistas acerca del actuar judicial. En este sentido, reina dentro de ésta corriente un gran escepticismo acerca del modus operandi utilizado por los jueces para decidir los casos a que ellos se enfrentan. A diferencia de los formalistas que describían el razonamiento judicial como puramente deductivo, los realistas advirtieron que en el proceso de fundamentación de su sentencia, la decisión del juez no se basa exclusivamente en la aplicación de reglas.

Por el contrario, el primer paso hacia la fundamentación de la sentencia lo constituye la elección de una solución más acorde a sus creencias personales. Llegado a este punto, el juez debería a continuación optar por aquellas normas que le permitan justificar su sentencia para hacerla aparentar como inevitable y jurídicamente necesaria. De esta manera se invierte el esquema lógico que espera la comunidad acerca de la actividad encomendada a los jueces.

Que el método sea crítico es consecuencia ineludible de lo anterior, ya que este esquema se alza frente al enfoque más comúnmente desarrollado entre los operadores del derecho, caracterizándose por una actitud de inteligencia tomada hacia la actividad judicial.

El modelo es crítico ya que toma las ideas primordiales del método formalista para someterlas a un examen en la realidad de los hechos, a efectos de mostrar su veracidad o su inadecuación como metodología jurídica de análisis jurisprudencial. Como bien dice Bollnow *“la construcción del conocimiento solo es posible como crítica a las ideas recibidas. (...) Conocer significa lucha crítica con las ideas subsistentes”*¹.

2. Ideología y decisiones judiciales

El ordenamiento jurídico, entendido desde la óptica formalista como un todo armónico y completo, ha comenzado a sufrir embates desde hace ya un tiempo considerable. En consonancia, la noción que concibe al juez como un aplicador neutral del derecho ha comenzado a objetarse. No podría ser de otra manera, en tanto, el juez debe valerse de un ordenamiento jurídico inconsistente y contradictorio en el que afloran conflictos ideológicos permanentes.

En el ámbito del derecho privado, y en especial en el derecho de las obligaciones y los contratos, estos conflictos se hacen evidentes. La disputa entre el individualismo y el altruismo ha hecho caudal en las instituciones de derecho privado, provocando el surgimiento soluciones legislativas y judiciales opuestas.

Por un lado, los jueces individualistas ven en el derecho una herramienta capaz de establecer las reglas de juego. Su función: fijar los límites de la actividad individual; su inevitable consecuencia, consagrar la autonomía de la voluntad en todo su esplendor. De esta manera, los jueces individualistas justifican sus decisiones amparados bajo principios como el de independencia y autosuficiencia. Por consiguiente, serán rechazadas todas aquellas soluciones normativas que indiquen castigar a un sujeto en virtud de existir un deber de cooperación frente a otro integrante de su sociedad. Por ello, el trabajo de los operadores estará signado por el afán de desviarse de este tipo de soluciones normativas en pos de aquellas que le permitan lograr una justificación de una sentencia acorde con sus compromisos ideológicos.

¹ Habba, Enrique, *“Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial”*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Espagrac, pág. 25.

Por su parte, los jueces altruistas otorgan preponderancia a los deberes de solidaridad y de sacrificio. Bajo esta concepción, el derecho es concebido como un instrumento de cohesión social, mediante el cual los individuos se reparten deberes recíprocos persiguiendo fines compartidos. El derecho en tanto herramienta, debe tratar de reducir las diferencias sustanciales, provocadas por la desigual distribución de riqueza. Obviamente, los jueces niegan las posturas subjetivas, y pretenden demostrar su condición de neutralidad utilizando a la retórica como mecanismo disipador. Pero no solo ellos contribuyen a este “*engaño*”. Su posición negadora se complementa con la de la sociedad. Ésta legitima su ordenamiento jurídico basado en una creencia psicológica mediante la cual no se controvierte la neutralidad judicial.

Este consenso entre sociedad y poder judicial resiste contra la propagación de los postulados de aquellos escépticos que atentan contra el sistema de negación. En palabras de Duncan Kennedy: “*Si la mayoría de los participantes incurrir en negación...entonces tendrán un motivo para sancionar a cualquiera que traiga la mala noticia de que el hecho de que la decisión judicial excluya o pueda excluir la ideología es mera negación, y no realidad*”.²

Del análisis del caso en estudio aparecen claramente enfrentadas estas dos tendencias; por un lado, en la sentencia de primera instancia y en la decisión adoptada por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia, se revela una postura altruista, mientras que la sentencia de segunda instancia sugiere una ideología de corte netamente individualista.

3. El proceso de decisión

3.1 Análisis descriptivo 1: La solución del Juez de Primera Instancia

El Juez de primera instancia falla a favor del actor acogiendo su demanda y condenando al Banco al pago de los daños y perjuicios que resarzan el valor venal de la empresa.

Podemos esquematizar la forma en la cual la Juez de primera instancia organizó su sentencia de la siguiente forma: primero, realizó el encuadramiento del caso

² Kennedy, Duncan; “*Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*”, Ed.: Editorial Siglo XXI 1ª edición, Buenos Aires, 2013, pág. 80.

estableciendo que debería determinarse si existió o no incumplimiento en base a las obligaciones contractualmente establecidas y aquellas que surjan de la interpretación contextual del contrato.

Consecuentemente con el encuadramiento realizado, el juez de avoca a analizar la conducta de las partes en la ejecución de los contratos realizados. El relacionamiento comercial entre las dos partes puede sintetizarse en dos momentos bien distintos.

El primero y más extenso, el cual duró quince años, estuvo marcado por un clima de entendimiento y cooperación, en el cual el Banco soportaba los sobregiros producidos en la cuenta de Los Surcos. El segundo momento es el que lleva a la iniciación del proceso por parte de Los Surcos, y en el cual el Banco procede a modificar la política de relacionamiento, ampliando el porcentaje de descuento de facturas, el que pasó de un 90% a un 80%, y decidiendo no continuar soportando los sobregiros, sosteniendo que estos pasaron a ser extraordinarios y por tiempo prolongado. El punto final de este momento es la rescisión de los contratos por parte del Banco Bandes sin preaviso alguno, lo que provocó, según surge de la demanda, la caída de la empresa los Surcos.

Basado en la doctrina de la constitucionalización de la buena fe, y en que los actos de las partes en la ejecución de los contratos imponían que el Banco siguiera soportando los sobregiros, el juez concluye en atribuirle responsabilidad a Bandes por la rescisión injustificada de los contratos de línea de crédito y factoring.

En síntesis, la estructura del razonamiento utilizado fue el siguiente: Determinar el incumplimiento de las obligaciones contractuales; para eso, interpretación contextual del contrato, con especial detenimiento en los hechos posteriores a la celebración del mismo; por último utilización de la doctrina de la buena fe. El resultado de este razonamiento, determinó el incumplimiento de Bandes, debido a la violación de la obligación de buena fe.

El silogismo utilizado fue el siguiente: Premisa mayor: Obligación de buena fe presente en los contratos de duración, que tanto en su ejecución como en su terminación impone la obligación de preavisar, con una antelación razonable su rescisión. Premisa menor: El Banco rescindió los contratos sin preaviso. Conclusión: El Banco incumplió con su obligación de actuar de buena fe.

3.2. Análisis descriptivo 2: La solución del tribunal de Segunda Instancia

Los tres ministros del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, por unanimidad, desestiman el mérito de la demanda de la actora, revocando la sentencia de primera instancia.

A partir de la sentencia de primera instancia y de los agravios introducidos por ambas partes en relación a la misma, el Tribunal realiza el encuadramiento del caso: *“Ahora bien conforme a la pretensión introducida y defensas invocadas por la demandada, corresponde determinar en la presente causa si existió o no el incumplimiento alegado por parte de la reclamante, o si por el contrario la supresión de la línea de crédito otorgada, que motiva la presente reclamación se encontraba plenamente justificada conforme a los parámetros de los contratos celebrados entre las partes”*.³

De aquí se desprende que el encuadramiento del caso no es sustancialmente distinto al de primera instancia, ya que ambas buscan dilucidar si hubo o no incumplimiento. La diferencia radica en los argumentos de derecho a los que apeló cada uno de ellos. En principio, uno se avocó a la interpretación de los contratos (el juez de primera instancia), mientras que el otro (el tribunal de apelaciones) fue directo a establecer si hubo o no incumplimiento en la materia.

La estructura del razonamiento empleado por el Tribunal fue la siguiente: dado un contrato, las partes deben atenerse a lo que hayan dispuesto en el texto. En el mismo no consta una autorización expresa de sobregiro. Al extraerse de la pericia la existencia de sobregiros, el banco estuvo en todo su derecho de cerrar la línea de crédito.

A su vez, no existiendo obligación alguna que imponga el preaviso ante una rescisión del contrato, no puede objetársele al Banco el haber actuado de acuerdo a lo dispuesto contractualmente. Incluso, el Tribunal apela a la sana crítica, estableciendo que debieron existir avisos tomando en cuenta la relación comercial de años.

En síntesis, no existiendo incumplimiento alguno, no puede imputársele responsabilidad civil contractual al Banco.

³ Sentencia 70/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno.

3.3 Análisis descriptivo 3: La solución de la Suprema Corte de Justicia

La Suprema Corte de Justicia decide revocar el fallo de Segunda Instancia y se apega al pronunciamiento del Juez de Primera Instancia, condenando al Banco Bandes, no ya por el valor venal de la empresa sino por pérdida de chance, la que se estimó en un 15%.

En base al recurso de casación introducido por el representante de Los Surcos, mediante el cual se objetaba la errónea aplicación de las normas vinculadas al incumplimiento de los contratos, la Corte encuadró el caso indicando que la materia de interpretación de los contratos constituye materia casable. Por lo tanto, ya desde el comienzo de la sentencia la Corte envía un mensaje claro: para dilucidar si hubo o no incumplimiento, debemos acudir a las normas de interpretación.

En primer lugar procede a objetar la legitimidad de la suspensión de la línea de crédito, argumentando la existencia de un Protocolo Comercial Habitual creado a consecuencia del relacionamiento comercial de quince años, que indicaba la obligación de comunicar con una antelación razonable la rescisión del contrato.

El Protocolo Comercial Habitual se deriva del artículo 1301 del Código Civil, que permite considerar a los hechos posteriores de los contratantes en reglas contractuales, asimilables a las que surgen del texto del contrato.

Asimismo, teniendo en cuenta que los sobregiros se habían producido en reiteradas ocasiones, se habría creado una autorización tácita por parte del Banco que conformaba el Protocolo Comercial Habitual y que indicaba que el mismo debería seguir soportando las mismas.

En este sentido, habiéndose apartado del Protocolo Comercial Habitual, el Banco habría incumplido las normas contractuales incurriendo en responsabilidad.

4. Compromiso ideológico

4.1 Posturas altruistas

4.1.1 La Juez de Primera Instancia

Dentro de la compleja gama de componentes extrajurídicos capaces de incidir en una decisión judicial determinada, hemos decidido centrar nuestra atención en identificar los móviles ideológicos. En efecto, es de notar un claro comportamiento altruista presente en varios pasajes de la sentencia objeto de análisis.

Desestimándose una función meramente delimitadora del derecho, los jueces altruistas asumen estar autorizados a introducir ciertas limitantes que exceden aquellas que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico.

La apelación a los principios generales del derecho quizá sea el material normativo fundamental del cual se ha valido la praxis jurisprudencial para franquear esos límites. En el caso en estudio, la Juez aplica el principio de la buena fe, de pretendida raigambre constitucional, para objetar la legalidad de las conductas empleadas por el Banco, como se verá en el siguiente extracto: *“Tratándose de un contrato de ejecución continuada, las partes pueden obviamente pretender la rescisión o modificación del mismo, pero para ello se requiere que de acuerdo al principio de buena fe que se impone legalmente a los contratantes en la ejecución del contrato avisen con antelación ya sea la rescisión del mismo o la modificación en la forma de su ejecución, de lo contrario se estaría violando el mandato legal de que la ejecución del contrato no puede quedar sujeto a la voluntad de una de las partes”*.⁴

De esta manera la Juez incorpora una regla al contrato: avisar su rescisión con una determinada antelación. Esto es una clara muestra del control del poder de negociación que realizan los jueces. Así, habiendo visualizado al Banco como la parte fuerte de la relación comercial, la Juez hizo ingresar una regla con el fin de disminuir la brecha existente entre el poder de uno y otro.

Este es un claro comportamiento altruista, sin embargo, no es el único presente en la sentencia. También sustentado en el principio de la buena fe, la Juez agrega una segunda regla expuesta en el siguiente extracto: *“La Suprema Corte de Justicia ha sostenido*

⁴ Sentencia 70/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno.

“Como aplicación concreta del principio general de buena fe, de raíz constitucional (Arts. 7, 72 y 332 de la Carta) y fértil y concreta expresión legal en sede de ejecución contractual (Art. 1291 Código Civil), las partes deben cooperar o colaborar en la obtención de la finalidad común que conforme la meta misma del contrato”. Esta postura altruista es adoptada por buena parte de nuestra dogmática, quienes utilizan el principio de buena fe (de supuesta raigambre constitucional) como sustento de sus proposiciones.

Nótese que mediante el principio de la buena fe, la Juez reconoce que efectivamente existía una obligación recíproca de cooperar en la obtención de una finalidad común. En consonancia, el Banco habría incumplido al haber modificado la forma de actuar en relación a las facturas cedidas por la actora. Justamente, la cooperación es un valor fuertemente influyente en el ideal altruista. En este campo, dentro del concepto de cooperación, podría entenderse comprendido el de sacrificio. Es en virtud de este, que el Banco debería haber soportado aun el sobregiro extraordinario.

4.1.2 Suprema Corte de Justicia

La Suprema Corte de Justicia, si bien es el órgano técnico de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial, no escapa a la forma en la cual corrientemente deciden los jueces y esto lo pondremos de manifiesto en lo que sigue.

En concreto, la Corte procede de forma muy similar a como lo hizo la Juez de Primera Instancia, echando mano al principio de la buena fe como criterio demarcador de las conductas que deben presidir la actuación de los sujetos en sus relaciones comerciales. El medio utilizado por la Corte en esta ocasión es el Protocolo Comercial Habitual, concepto que fue introducido por el perito del proceso, mediante el cual la conducta de las partes durante la ejecución del contrato crea obligaciones que se adicionan al texto y pueden llegar a modificarlo.

Por lo tanto, habiéndose contemplado la existencia de sobregiros en la cuenta de Los Surcos en reiteradas ocasiones, era de esperarse que el Banco siguiera sacrificando su interés personal para que la empresa pueda seguir subsistiendo. Sacrificarse en palabras de Duncan Kennedy *“... es la idea dinámica de actuar de manera que se cambie el curso de los hechos, a expensas de uno mismo, para*

minimizar la pérdida del otro, o para maximizar sus ganancias".⁵ De esta manera, es evidente que la Corte está imponiendo al Banco ciertas exigencias que no surgen de las reglas contractuales y que limitan la autonomía de la voluntad, ya que son los contratantes quienes al momento de decidir cómo y con quien contratar regulan su relación comercial. Precisamente la Corte, erigiéndose como ente regulador del uso del poder económico, introduce reglas para disminuir las diferencias económicas existentes entre las dos partes del conflicto, pretendiendo alcanzar una justicia distributiva mayor.

4.2 Postura individualista

4.2.1 El Tribunal de Segunda Instancia

A diferencia de la Juez de Primera Instancia y de la Suprema Corte de Justicia, y según el análisis detallado en 3.2, el Tribunal de Segunda Instancia da relevancia a la seguridad jurídica que brinda el texto del contrato, excluyendo del análisis a los elementos extra-textuales que pudieren haber surgido del relacionamiento comercial entre las partes. Este afán por ceñirse a las reglas estipuladas contractualmente evidencia una marcada postura individualista, basada en una consagración plena de la autonomía de la voluntad, mediante la cual los sujetos son los propios auto-reguladores de sus conductas, y no necesitan de nadie, ni siquiera de una autoridad judicial que les marque las directrices de sus comportamientos.

Puestas las cosas de este modo, el Tribunal no encontró reproche alguno frente a la conducta desarrollada por el Banco. Ésta se ajustaba a lo que las partes habían convenido en el contrato, y del mismo no surgía que éste debiera soportar los sobregiros. En palabras del propio tribunal, *"Dichos sobregiros, no autorizados por la demandada en forma expresa, habilitaban a la demandada a clausurar la cuenta como lo hizo ya que nada obligaba a seguir manteniendo un sobregiro que claramente violaba lo dispuesto contractualmente"*.⁶

⁵ Kennedy, Duncan, "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado", pág. 166. Disponible en: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%F3n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>

⁶ Sentencia del Tribunal de Apelaciones Civil de 2º Turno del 26 de junio de 2013.

5. El recurso a argumentos formales de forma retrospectiva

5.1 El “comportamiento estratégico”⁷ de la Juez de Primera Instancia

Partiendo del análisis descriptivo de la sentencia de la Juez que fuere explicado en 4.2.1, la solución arribada parece planamente necesaria. Esto es así, en virtud de que se ha respetado el esquema silogístico, y la conclusión a la que se ha llegado se comprende completamente debido a la inadecuación evidente entre la premisa menor y la premisa mayor.

Apoyándonos en el aparato teórico proporcionado por los Estudios Críticos del Derecho, en lo sustancial, tomando como referencia a su principal expositor, Duncan Kennedy buscaremos determinar si la Juez necesitó de un comportamiento estratégico tendiente a transformar la aprehensión inicial del caso o por el contrario, estando de acuerdo con la solución que le proporcionaría seguir su percepción, el “*trabajo jurídico*”⁸ estuvo signado por el desarrollo de los argumentos jurídicos que sustentarían esa posición.

Los Estudios Críticos del Derecho advirtieron que, en el primer enfrentamiento del Juez con el caso, opera de inmediato una “*aprehensión inicial*”⁹ de la situación, donde surge para él, una respuesta normativa, y de la cual dependerá la posterior ubicación del caso en la determinación o en la indeterminación. Peculiarmente, la solución que surja de ese encuadramiento inicial, puede llevar a una consecuencia no deseada. En esa eventualidad, el Juez se introduce en la tarea de elaborar un “*comportamiento estratégico*”,¹⁰ basado en componentes extrajurídicos, que le permita salirse de esa aprehensión inicial.

En consecuencia, la determinación o indeterminación de un caso no es una condición natural de una norma, sino que su ubicación en uno de los dos polos depende de un estudio previo y del posterior trabajo jurídico empleado por el juez a partir de la aprehensión inicial vivenciada. El trabajo jurídico estará orientado a respaldar o modificar la aprehensión inicial si uno u otro camino son aptos para llegar a una sentencia acorde con las preferencias extra-jurídicas del juez.

⁷ Kennedy, Duncan, ob. Cit. pág. 28.

⁸ Kennedy Duncan, ob. Cit., pág. 90.

⁹ Kennedy Duncan, ob. Cit, pág. 91.

¹⁰ Kennedy Duncan, ob. Cit, pág. 91.

Así, cualquier operador jurídico puede influir en lo que el derecho es realizando “*trabajo jurídico*”, y de esa manera justificar su sentencia. En ese camino, es evidente que los jueces sentirán la constante tensión entre la fidelidad al derecho y el “*trabajo jurídico*” empleado.

En este sentido, la Juez comenzó su estrategia estableciendo como fin ulterior la dilucidación de si existió incumplimiento por parte de Bandes. Para llegar a tal fin, la Juez procedió de acuerdo a como lo dispone la doctrina dominante en la materia de obligaciones y contratos; de esta forma, procuró interpretar los contratos de acuerdo a las reglas legales de que marca el Código Civil. En efecto, la Jueza ubicó el caso dentro del “*marco*”, y su comportamiento jurídico se dirigió a derivar de las reglas legales de interpretación una solución acorde con sus expectativas.

Abandonando el principio *in claris non fit interpretatio*, las normas legales de interpretación, al igual que toda norma contenida en un texto positivo, son interpretadas por los jueces en vías de su posterior aplicación. Aquí, se vislumbra claramente a través del siguiente pasaje: “*La interpretación de los contratos corresponde hacerla conforme al sentido de las palabras que les da el uso general (art. 1297 del Código Civil), buscándose fundamentalmente la intención común de las partes especialmente en la etapa de ejecución del contrato (art.1301 del C.C.) y analizarse las cláusulas según el contexto general (artículo 1299 del C.C.)*”.

Influenciada por el hecho de que se trata de un contrato de ejecución continuada, la Juez pone especial atención en los actos posteriores a la celebración del contrato. Del análisis de los hechos ocurridos durante la ejecución del contrato surge que el Banco cambió su forma de proceder.

Ahora bien, examinando la interpretación de las normas legales de interpretación de los contratos efectuada por la Juez podemos notar que estas fueron utilizadas para decir algo que ellas no dicen. En este sentido, el artículo 1301 no impone que deba buscarse fundamentalmente la intención común de las partes en la etapa de ejecución del contrato, sino que dice algo muy distinto, a saber, que “*los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato*”. Por lo tanto, los hechos posteriores deben tomarse como un dato que sirva para descubrir la intención de las partes pero no en la etapa de ejecución pues eso lo agrega la sentencia, ni da carta para entender que constituye el elemento fundamental al cual el intérprete debe dirigir toda su acción (es decir, dejando de lado el texto o la intención original).

Este ropaje con el cual la Juez vistió a las normas legales de interpretación fue muy beneficioso, ya que no solo le permitió justificar su sentencia, sino que también fue algo que pasó desapercibido para la apelación del Banco Bandes como para el Tribunal de Segunda Instancia, al punto tal de que, como veremos luego, intentaron eludir el exponer explícitamente el modo interpretativo utilizado.

Hasta aquí, dando por bueno que el Banco alguna vez había soportado los sobregiros (hecho posterior), la Juez encontró el argumento normativo que le dio pie para sostener que efectivamente existía una obligación de sacrificarse por parte del Banco y que la misma había sido incumplida.

De todas formas, antes de fallar la Juez necesitaba un argumento que derribe la otra pata del problema: la existencia o no de una obligación de preaviso.

Al no haberse pactado textualmente una obligación de preaviso, el Banco no estaba sujeto a notificar con determinada antelación su decisión de salirse del contrato. Además, la interpretación de las normas legales de interpretación si bien le sirvió a la Juez para introducir una regla al contrato, no le serviría para este caso, ya que la práctica comercial no había dado lugar a la aparición de circunstancias asimilables a la rescisión de donde se pudiera extraer una obligación de avisar a la otra parte determinadas circunstancias.

A consecuencia de esto, viéndose parcialmente constreñida por los materiales jurídicos disponibles, la Juez terminó apelando al principio de buena fe, argumentando su presencia en todos los contratos de ejecución continuada, lo cual surge de los postulados doctrinarios actuales. Esta herramienta es cada vez más utilizada por los operadores del derecho, ya que les permite inclinar la balanza a su favor evadiendo la búsqueda de las normas concretas aplicables, pero crea el efecto retórico buscado: la necesidad jurídica de su solución.

Así podemos ver cómo, enfrentada a la situación en examen, y teniendo frente a sí un contrato, la Juez advirtió internamente que si seguía lo que disponía el texto de ese contrato no iba a poder llegar a una sentencia conforme con sus compromisos ideológicos. Por lo tanto, la juez necesitó de un trabajo jurídico tendiente a demostrar como mediante determinados materiales jurídicos podía hacer necesaria la aplicación de otra solución, más acorde con sus compromisos altruistas.

5.2 El “comportamiento estratégico” del Tribunal de Segunda Instancia

La posición del Tribunal frente al caso es sustancialmente distinta a la que vivenció la Juez de primera instancia. La razón: la sentencia de la Juez de primera instancia y los agravios introducidos tanto por la parte demandada como por la parte actora.

Luego de haber analizado la sentencia, podríamos sostener que el Tribunal, en vistas de la aprehensión inicial realizada por la Juez, diseñó una estrategia jurídica con el fin de transformar los materiales jurídicos y demostrar la necesidad de una solución distinta, a consecuencia de la insatisfacción mantenida con la decisión de la a quo, basada primordialmente, en razones extrajurídicas.

A causa de esto, el Tribunal tuvo que desplegar un arduo trabajo jurídico el cual expondremos críticamente en lo que sigue.

El trabajo desarrollado por el Tribunal comienza en el encuadramiento mismo del caso, en el que se descarta la interpretación de los contratos, y se busca determinar directamente si existió incumplimiento. Sin embargo, basta un mero análisis de la sentencia para demostrar como el Tribunal, si bien no expuso explícitamente la procedencia de la interpretación, hizo uso de ella, basándose en sus elementos textuales.

Por lo tanto, en este primer momento, la estrategia utilizada consistió en esconder la utilización de las reglas de interpretación de los contratos, de forma de no tener que hacer uso de la norma del art. 1301, la que representaba el riesgo de llevarla por un camino inverso al que el Tribunal quería. El Tribunal vistió su sentencia de forma de desviar al lector acerca de la necesidad en la aplicación de las normas legales de interpretación, las cuales habían sido moldeadas por la Juez de Primera Instancia de tal forma que llevarían a introducir nuevas reglas, fuera de las concertadas en el contrato, lo que sin duda colidiría con la preferencia extrajurídicas del Tribunal.

Pero no solo el tribunal no hizo uso de la regla del art. 1301, sino que llegó a la transgresión implícita de la misma, tal cual se vislumbra del siguiente extracto de la sentencia: *“La existencia de pequeños y esporádicos sobregiros, reconocidos por las partes, no determinan la modificación de las obligaciones ni que la demandada debiera soportar el sobregiro de la naturaleza referida anteriormente”*.¹¹

El art. 1301 no da pauta alguna para sostener que los actos posteriores tendrán relevancia en la relación contractual cuando son de determinada entidad. Por el contrario,

¹¹ Sentencia del Tribunal de Apelaciones Civil de 2º Turno de fecha 26 de junio de 2013.

surge de los textos legales que los actos posteriores servirán para interpretar el contrato, independientemente de la magnitud de su impacto. Conforme a la interpretación del tribunal, Los Surcos hubiese salido ganancioso, si hubiese demostrado la existencia de un sobregiro extraordinario anterior y soportado por el Banco.

¿Que nos quiere decir con esto el tribunal?

Pueden visualizarse, por lo menos, dos hipótesis:

- a) El tribunal, estando en desacuerdo con las reglas legales de interpretación, crea una nueva, según la cual los actos posteriores al contrato no sirven para dilucidar la intención de las partes.
- b) Los actos posteriores al contrato solo revelan la voluntad de las partes cuando tienen especial magnitud sobre lo dispuesto en el texto (no fue lo que sucedió en el presente caso, ya que de inmediato se cerró la línea de crédito).

Todo esto da base para sostener que el trabajo jurídico empleado por el Tribunal estuvo sumamente restringido por los materiales jurídicos. Si bien intentó moldearlos, no creyó lograr una justificación plena de su sentencia que produjera en la audiencia una sensación de necesidad. Así, acabó recurriendo a argumentos no deductivos, mediante los cuales se apela a una regularidad empírica, traducida en esta sentencia en el siguiente extracto: *“Las reglas de la sana crítica, indican que ningún prestamista ni público ni privado hubieran persistido en seguir asistiendo un emprendimiento que no mostraba señales claras de recuperación...”*

Al no poseer argumentos jurídicos de peso, el Tribunal recurrió a los argumentos no deductivos, que permitieron, superficialmente, sustentar su sentencia. Éste tipo de argumentos son, según palabras de Duncan Kennedy, el *“caballo de Troya, mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico”*¹² quedando al descubierto los factores extrajurídicos que motivaron el fallo.

Siguiendo a este autor, estos argumentos se diferencian de los deductivos en tres aspectos cruciales. *“En primer lugar, generalmente su aplicación presupone justamente que los argumentos deductivos son insuficientes para resolver de forma satisfactoria el caso”*.¹³ En Surcos vs. Bandes, los argumentos deductivos parecieron insuficientes al Tribunal para lograr una solución acorde con sus preferencias ideológicas del Tribunal. *“En segundo lugar, los argumentos no deductivos apelan siempre a la deseabilidad de un*

¹² Kennedy, Duncan, “Libertad y restricción en la decisión judicial”, p.76 Disponible en: http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Libertad%20y%20Restriccion%20en%20la%20Decision%20Judicial_Estudio%20Introdutorio.pdf

¹³ Kennedy, Duncan, Ob. cit.

resultado;... apuntan a las consecuencias del fallo para la protección de valores que se estiman deseables". Para el Tribunal, haber optado por la solución del Juez de primera instancia sería enviar un mensaje a todos los Bancos, de que estos deberán sacrificarse en aras de sus clientes, aun cuando ello traiga consecuencias desventajosas. Evidentemente, los valores empleados en esa decisión están en franco conflicto con los que estima el Tribunal. Un juez individualista tiene *"una firme convicción de que tengo derecho a beneficiarme de mis esfuerzos sin verme obligado a compartir mis logros, ni sacrificarlos por los intereses de otros"*.¹⁴ Finalmente, *"el modelo de aplicación de los argumentos no deductivos es la ponderación de razones opuestas, no el silogismo"*.

¿Qué se puede inferir de la estrategia utilizada por el juez en este caso?

Hay ocasiones en que la relación establecida entre la sentencia a la que quiere llegar el Juez, los hechos involucrados y las normas aplicables provoca una ardua tarea al magistrado que se avoca al estudio del caso. Este caso representa la dificultad que conlleva la restricción producida por los materiales jurídicos.

El caso simboliza así, la atadura vivenciada por el juez en relación al Derecho y la doctrina dominante. Habría aquí lo que Duncan Kennedy denominó una restricción por el texto. La restricción se explica de la siguiente forma: el resultado a que llevaría la interpretación obvia o dominante no es del agrado del Tribunal (interpretación de los contratos basados en los hechos posteriores), por lo que deberá trabajar mucho para construir una argumentación coherente a favor de una interpretación diferente.

5.3 El comportamiento estratégico de la Suprema Corte de Justicia

Al igual que la Juez de Primera Instancia y el Tribunal de Apelaciones, la Suprema Corte de Justicia tiene frente a sí, dos campos de interpretación distintos; uno referido a las reglas contractuales y otra referida a las normas legales de interpretación de los contratos.

Estando de acuerdo con los fundamentos esgrimidos en la sentencia de Primera Instancia, la mayoría de la Suprema Corte de Justicia escoge la vía interpretativa subjetiva y procede a desarrollar sus argumentos.

Esta tarea estuvo simplificada, además, por la no oposición explícita del Tribunal de Apelaciones con la interpretación de las reglas legales de interpretación expuesta por la

¹⁴ Kennedy, Duncan, "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado", ob. cit., pág. 166.

Juez de Primera Instancia.

Veamos la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia: “A su vez, de acuerdo a lo estatuido por el art.1298 del Código Civil, la voluntad de los contrayentes habrá de tenerse en cuenta, pero en conexión lógica con lo que resulte del contenido de las obligaciones del contrato, el cual surgirá, no solamente de lo pactado por las partes en los contratos, sino también de los hechos posteriores de los contrayentes (art.1301 del Código Civil)”¹⁵.

Si bien es evidente la semejanza existente entre este pasaje y el correspondiente a la sentencia de Primera Instancia, parece que la Suprema Corte fue más cuidadosa en el exceso de los términos utilizados para describir la interpretación de los contratos. Contrariamente a lo implantado por la “a quo”, ésta no establece que “*la interpretación de los contratos corresponde hacerla... buscándose fundamentalmente la intención común de las partes*”. Señala otra cosa, señala que “*habrá de tenerse en cuenta*”, como un dato referencial más que deberá sopesar el intérprete para extraer las obligaciones del contrato.

Asimismo, no indica que sea el “*comportamiento de las partes especialmente en la etapa de ejecución*” el componente principal para entender la común intención de las partes; sino que se encarga de aclarar la importancia tanto de las obligaciones textuales como de las extra-textuales, como objetos de interpretativos: “*...el cual surgirá, no solamente de lo pactado por las partes en los contratos, sino también de los hechos posteriores de los contrayentes*”¹⁶. EN TODO LO ROJO FALTAN CITAS

De esta manera, si bien la Suprema Corte de Justicia optó por la interpretación subjetiva, la interpretación de las reglas legales de interpretación realizada parece derivarse más linealmente de la ley que la previamente plasmada por la Jueza de Primera Instancia.

Podemos sostener así, que la estrategia utilizada fue superior a la de Primera Instancia, porque si bien ambas optaron por una interpretación subjetiva por sobre una interpretación gramatical, la Suprema Corte de Justicia no violó abiertamente las reglas legales de interpretación, como si lo hizo la “a quo”.

Sin embargo, la Corte desnuda su postura altruista citando doctrina identificada con los principios altruistas, según surge del siguiente extracto: “*en relación al contenido normativo negocial que vinculaba a las partes, resulta trasladaba a la causa, lo indicado*

¹⁵ Sentencia 475/2014 de la Suprema Corte de Justicia

¹⁶ Considerado III de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia.

por la Corte en Sentencia No 168/03, cuando citando al Profesor Blengio expresó que: ... el contrato, que es la manifestación por excelencia de la autonomía privada, el reconocimiento a la fuerza vinculante asignada a la norma creada por el acuerdo de voluntades, tiene una emblemática asimilación a otra especie normativa, de rango superior a la que está subordinada: la Ley (art. 1.291 C.C.). El conjunto de normas ordenativas referentes al contrato como fuente de efectos jurídicos, permite inferir que las mismas se estructuran en primer lugar en torno a diversas manifestaciones del principio de libertad: decidir si se contrata o no, elegir el tipo negocial y al cocontratante y de determinar el contenido de la autorregulación”.

En segundo lugar: “que esa libertad no es omnímoda por cuanto...la autonomía, es decir la potestad de crear normas jurídicas a través del acuerdo de voluntades, es admitida dentro de ciertos márgenes...”

Y más adelante agrega que será necesario “que tal acuerdo de voluntades se ajuste a las previsiones de la Ley entre las que tienen especial relevancia las referidas al objeto, la causa y las denominadas cláusulas generales como las del orden público, buenas costumbres, buena fe... no sólo en base a las normas del Código, sino la globalidad del ordenamiento, y en primer lugar las disposiciones constitucionales (La autonomía de la voluntad y sus límites, A.D.C.U. t. 27, págs. 396, 397)”¹⁷.

Mediante este pasaje podemos notar como la Corte no encontró argumentos normativos para sustentar la necesidad de preaviso, y al igual que la Juez de Primera Instancia debió apelar al principio de buena fe para sustentar su sentencia.

6. Conclusiones

Según surge de los apartados 4 y 5, es indiscutible que los jueces adoptan posturas altruistas o individualistas conforme a sus compromisos ideológicos, y a partir de ellas construyen los argumentos de sus sentencias, invirtiendo el esquema lógico que a priori se espera de ellos. Con esto “ofenden al juez como un ser eminentemente racional”. De esta manera, “el Juez no puede, como tampoco puede hacerlo el analista, evitar el momento de la verdad en que, sencillamente, cambiamos de modalidad. En lugar del aparato de elaboración y la aplicación de reglas, con las premisas y las actitudes atinentes a él, llegamos súbitamente a un vacío, a una prueba de equilibrio, a un principio

¹⁷ Considerando III de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia.

de buena fe, a una regla falsa o incoherente, o a la adopción entusiasta de una cadena de raciocinios que todos sabemos que será ignorada en el próximo caso. En términos de individualismo, el juez ha comenzado súbitamente a actuar de buena fe. En términos de altruismo, se ha encontrado a sí mismo. Lo único que importa es este cambio de actitud, pero es difícil imaginar algo más elusivo al análisis.”¹⁸

Así, el modelo de justificación judicial estaría determinado por la preferencia ideológica del juez, quien luego de haber dilucidado cual es la solución que más se ajusta a ellas, emprenderá el camino hacia la búsqueda de argumentos normativos que distraigan al lector sobre los elementos extra-jurídicos que realmente tuvieron incidencia en el caso.

Las reglas legales y las construcciones dogmáticas no serían más que materiales jurídicos de los que se vale el juez para generar la sensación de necesidad en la solución escogida. Una sentencia que no acuda a ellos atentaría flagrantemente contra la convicción del juez como mero aplicador de normas legales.

¹⁸ Kennedy, Duncan “Forma y sustancia en la adjudicación de derecho privado”, ob. cit., pág. 166.

LA CULPA DEL BANQUERO. ANÁLISIS SUBJETIVO DEL “CASO BANDES”

Introducción

La culpa ha estado siempre presente, de manera yacente o subyacente en casi todo supuesto de responsabilidad, dado que la conducta del ser humano y la valoración de la misma han estado implicadas en toda atribución de daño a un sujeto a quien se pretende responsabilizar.

No obstante ello, en la responsabilidad contractual, los estándares de conducta sobre los que se basa la doctrina y jurisprudencia para determinar la responsabilidad del deudor, difieren de un caso a otro según determinados factores algunos de los cuales intentaremos dilucidar en este trabajo.

En el presente trabajo abordaremos la culpa, esto es, la “*diligencia debida*” exigida a los funcionarios bancarios, a partir del estudio de jurisprudencia reciente en la que se responsabiliza a determinados banqueros utilizando criterios de imputación que podrían desencadenar cierta alarma en las instituciones financieras.

Tal como es sabido, los bancos desempeñan un papel fundamental en la economía de un país y, particularmente, para las empresas suelen ser el gran apoyo financiero para que éstas puedan llevar a cabo sus negocios.

El relacionamiento financiero que se extiende durante varios años entre los bancos y sus clientes -sean personas físicas o jurídicas-, determina una cierta flexibilidad por parte de estas instituciones, en pos de favorecer a sus clientes. Generalmente, esa operativa económica determina el surgimiento de reglas de conducta que se deducen de lo estipulado contractualmente, mientras que en otros casos tales reglas “*se crean*” al margen e incluso contrariando lo estipulado en un principio.

En este último caso, donde aparece aquélla flexibilidad en su máxima expresión, doctrina y jurisprudencia han recurrido a fundamentos basados en la costumbre, en la buena fe y principalmente en la profesionalidad y diligencia del “*buen banquero*” a efectos de responsabilizar a los funcionarios bancarios por su apartamiento a tales reglas de conducta.

La aludida “*diligencia del buen banquero*” o diligencia del “*bancario especializado*” aparece en varias sentencias tres de las cuales serán objeto de estudio en este trabajo. Por un lado, el fallo N° 70/2012, autos caratulados “*Bastos Tejeira, Miguel y otros c/ Banco Bandas Uruguay S.A. (Bandes) -Daños y perjuicios, cobro de pesos-*” revocada en segunda instancia y posteriormente confirmada por la Suprema Corte de Justicia, por sentencia N°475/2014.

Este caso planteado ante la SCJ tiene la particularidad de presentar una serie de contratos de línea de crédito, por un lado, y de garantías, por el otro, creados a lo largo del relacionamiento contractual entre Surcos S.A. y Banco Bandes, el cual se extiende durante 15 años.

En el fallo de la SCJ, con dos ministros discordes (Dres. Chediak y Chalar) finalmente se responsabiliza al Banco Bandes, por incumplimiento de la obligación contractual de comunicar, con la debida antelación, la rescisión del contrato de línea de crédito. En segunda instancia, el TAC 2° Turno (sentencia N° 0002-009198), apoyado en otra interpretación, entendió que el banco no incumplió los contratos coligados al clausurar la cuenta y línea de crédito del cliente por sobregiro.

La tercera sentencia que será considerada, es la N° 53/2013 del TAC 2° Turno, autos caratulados “*Daltex Trading S.A. c/ Credit Uruguay S.A.; y otros. Cobro de pesos.*”

En primer lugar, a los efectos de ubicar el problema central que se pretende exponer, abordaremos a rasgos generales la culpa en la responsabilidad contractual para luego abocarnos a una de las “*sub especies*” de la culpa o “*diligencia debida*” que denominaremos “*diligencia bancaria*” o “*diligencia del buen banquero*”, en tanto construcción doctrinaria y jurisprudencial.

Por un lado expondremos las mayores exigencias que se le demandan al funcionario bancario y las razones de las mismas. A partir de ello y en base a las sentencias antes mencionadas, nos centraremos en el uso de la culpa en concreto, esto es, de qué manera la jurisprudencia recurre a la “*diligencia del buen banquero*” para responsabilizar a los funcionarios del banco Bandes, por un lado, y de Credit Uruguay S.A., por el otro.

Luego, expondremos nuestras ideas en cuanto a la correcta o incorrecta aplicación de la culpa, y finalmente valoraremos el papel que desempeña ese actuar diligente con respecto a la dinámica bancaria.

En cuanto a esto último consideramos que se debería guardar cierto equilibrio entre la protección que se le debe brindar a los clientes de los bancos y las posibilidades pragmáticas de los mismos. Solo así se podrá brindar un mejor servicio para todos los usuarios del servicio financiero. En efecto, en algunos casos como los que abordaremos en este trabajo, ciertas actuaciones que le son exigidas a los funcionarios bancarios coliden con su eficiente desempeño para con todos los clientes.

1. La culpa en la responsabilidad contractual

A los efectos de abordar la responsabilidad en los funcionarios bancarios, resulta imprescindible partir de los presupuestos de la responsabilidad contractual en general, deteniéndonos en la falta de cumplimiento, para luego tratar, especialmente, lo que se ha dado en llamar la “*diligencia debida*”, esto es, la culpa en tanto fundamento, aunque no único, de responsabilidad contractual.

La responsabilidad contractual se configura por el acaecimiento de determinados presupuestos que son analizados en forma precisa por el Prof. Gerardo Caffera. Siguiendo a dicho autor, tales presupuestos son: la falta de cumplimiento; la imputabilidad; la exigibilidad y la mora.

A efectos de no extendernos de manera innecesaria, nos limitaremos a desarrollar el primer presupuesto de la responsabilidad contractual, esto es la falta de cumplimiento, por lo que primeramente debemos estarnos al contenido de la obligación que nace del contrato. A esos efectos la doctrina y jurisprudencia suele recurrir (aunque con algunas discrepancias) a la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado.

En las obligaciones de medios, el deudor cumple si desarrolla determinada conducta, independientemente del resultado que esa conducta produce, pues dicho resultado no tiene relevancia en el mundo jurídico. Esta es la obligación que asumen, por ejemplo, los médicos, quienes se obligan a desarrollar una

conducta diligente, cuidadosa a tal fin, pero no a obtener el resultado. En esta clase de obligaciones, lo que importa es la conducta desarrollada por el deudor, independientemente del resultado.

En cambio, en las obligaciones de resultado, a diferencia de la anterior, la obligación solo se cumple si se obtiene cierto resultado. Aquí, la diligencia con la que haya actuado el deudor, en principio, no tiene relevancia jurídica. Esta es la obligación que asume el transportista, por ejemplo, quien cumple si el pasajero llega sano y salvo a destino, sin importar la calificación de la conducta que haya desarrollado.

En las obligaciones de medios, el actuar diligente, la *culpa*, es clave para determinar la responsabilidad del deudor, mientras que cuando la obligación es de resultado, puede configurarse responsabilidad sin culpa. En efecto, en las obligaciones de medios, el cumplimiento por parte del deudor se verifica cuando actúa diligentemente, esto es, sin culpa; y la falta de cumplimiento se produce cuando el deudor incurre en culpa.¹⁹

Nuestro Código Civil contiene una definición del concepto de culpa. Conforme lo dispone el inciso 1° del artículo 1344 del Código Civil, culpa es la falta del debido cuidado o diligencia. Esta "*debida diligencia*" a la que está obligado el deudor es la del "*buen padre de familia*", estándar o patrón legal de conducta, utilizado por doctrina y jurisprudencia para determinar aquella diligencia media. Así lo dispone el inciso 2° del art. 1344 del C.C., cuando señala que el negocio "*...sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.*" Por consiguiente, y tal como señala Gamarra²⁰, el deudor incurre en culpa cuando no emplea la diligencia del buen padre de familia. Nuestro Código se afilia a la concepción normativa de culpa, distinto del concepto sociológico de culpa utilizado por Peirano Facio.

Por todo lo expuesto, la culpa en sentido normativo es la discordancia de la conducta concreta del deudor comparada con cierto estándar de conducta que es, precisamente, la diligencia del buen padre de familia. El comportamiento del buen padre de familia es un modelo abstracto de conducta que refiere a la diligencia, cuidados, prudencia, previsión, que habría observado una persona

¹⁹ Caffera Gerardo. "*Responsabilidad Contractual. Introducción a su estudio en el derecho uruguayo*", FCU, 2012, págs. 40 y ss.

²⁰ Gamarra Jorge. "*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*", Tomo XVII, FCU, 2012, pág. 196.

media de nuestra sociedad, colocada hipotéticamente en la misma situación en que se encuentra el deudor de acuerdo con las características de espacio y tiempo determinados. En suma, como señala Gamarra, es culpa todo apartamiento de la línea de conducta que hubiera seguido el buen padre de familia²¹.

Respecto al mencionado estándar de conducta, nuestra legislación nos da algunas pautas que sirven para nutrir su concepto, a modo de ejemplo los arts. 1319, 1820 del C.C., refieren a la negligencia, el art. 1843 C.C. alude a la ignorancia, y el art. 18 del Código Penal se refiere a imprudencia.

Tal como sostiene Gamarra, no caben dudas que nuestro Código implantó el concepto "*culpa-diligencia*". Lo que lo aparta de la concepción de culpa como "violación de una obligación preexistente", tal como la concebía Planiol²².

No obstante el Código Civil a menudo impone al deudor la obligación concreta, como emergente del contrato, de comportarse según el estándar del buen padre de familia, así como sucede en el contrato de arrendamiento de cosas, de acuerdo con el cual el arrendatario debe emplear en la conservación de la cosa el cuidado del buen padre de familia (art.1811, inc.2º). En este caso al verificarse la culpa, se viola una obligación contractual, por lo que necesariamente se concretará en el incumplimiento.

Esto último no nos puede llevar a confundir culpa con incumplimiento, puesto que cuando el Código Civil impone la obligación contractual de observar los cuidados del buen padre de familia, si el deudor demuestra que se comporta en consecuencia acredita el cumplimiento de la obligación. Pero, como sostiene Gamarra citando a Del Bono, el empleo de la diligencia no basta a veces para exonerar al deudor, y en tal caso se tiene incumplimiento sin culpa, como sucede en las obligaciones de resultado.²³

Por su parte, debemos tener presente que la culpa se valora en abstracto puesto que no se valora en base al comportamiento medio del propio deudor sino con referencia a un estándar social medio. Es decir, la conducta del deudor no se compara con lo que es su propia diligencia normal, sino que la contrastación se verifica entre la conducta del deudor y el patrón abstracto del

²¹ Gamarra, Jorge, ob. cit., pág. 201.

²² Planiol, Marcel, T.II, pág. 273, citado por Gamarra, Jorge, ob. cit. Tomo XVII.

²³ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 203.

hombre medio según el contexto social e histórico en que se inserta la obligación en cuestión.

Insistiendo en este último punto, vale destacar que la culpa en abstracto se analiza teniendo en cuenta el marco fáctico del contrato y de su ejecución. Pues es habitual que se distinga según los diversos contextos. En efecto, tratándose de profesionales, la diligencia debe atender y estar acorde con el carácter técnico de la prestación, y por consiguiente queda referida a la diligencia media que puede exigirse en cierto país y en determinada época, de acuerdo a los conocimientos en boga.²⁴ Tomando los ejemplos mencionados por el Prof. Caffera²⁵, en ocasión de juzgar la diligencia de una Institución Bancaria se toma como referencia el estándar de la “profesionalidad bancaria”, al juzgar sobre la diligencia del médico se adopta el estándar del “modelo técnico profesional” y no el modelo del buen padre de familia, esto es, de un hombre medio al que hemos estado hecho referencia.

Consecuentemente, esto ha llevado a que se distinga dentro del amplio género de la culpa, el sub-género de la culpa profesional dentro de la cual la doctrina ubica, a su vez, como sub-especie a la culpa médica,²⁶ y, como veremos más adelante, la culpa del profesional bancario.

Por otra parte, conforme lo dispuesto en el inc. 1° del art. 1344 del C.C., la culpa admite grados: culpa leve y culpa grave. La primera, tal como ya lo hemos señalado, es aquella que no se ajusta a la diligencia del buen padre de familia, mientras que se incurre en culpa grave cuando se trata de una negligencia grave, grosera. Dentro del área contractual, en principio rige siempre un mismo patrón que es la culpa leve. No obstante, dicha regla admite excepciones cuando una norma así lo establece expresamente, en aquellos contratos en los que la culpa leve se analiza con mayor o menor benevolencia, según los casos. Si se trata de un contrato gratuito, en algunos casos el C.C. establece que debe apreciarse más benevolente la culpa del deudor, confiriéndole una mayor latitud al juicio del magistrado. A modo de ejemplo, el inc. 2° del art. 2065 C. C. dispone que tratándose de mandato gratuito la responsabilidad relativa a las culpas “*se aplica con menos rigor*” que al

²⁴ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 202.

²⁵ Caffera Gerardo, ob. cit., pág. 41.

²⁶ Gamarra Jorge, “*Responsabilidad Civil Médica*”, FCU, Montevideo, 1999, pág. 35.

mandato oneroso.²⁷ Todo ello conforme lo dispuesto en el inc. 3° del art. 1344, el cual dispone que la diligencia será “*más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de las circunstancias*”.

Ahora bien, sin perjuicio que el art. 1344 del C.C. define la culpa y concomitantemente regula el contenido (extensión, como señala Gamarra) de la obligación del deudor, no podemos afirmar que la culpa es el fundamento único de la responsabilidad contractual²⁸.

Para la mayoría de los autores clásicos, la culpa era el único fundamento de la responsabilidad civil en general y contractual en particular. Pero ello ha variado al adoptarse la figura de la obligación de resultado, la cual admite responsabilidad aun cuando el deudor haya actuado diligentemente, esto es, sin culpa.

En efecto, no siempre que el deudor alegue la ausencia de culpa (esto es, la diligencia media debida) podrá eximirse de responsabilidad, puesto que va a responder en todos aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación solo sea posible mediante el empleo de una diligencia mayor o superior a la media. Por lo cual, en estos casos, el límite de la responsabilidad del deudor no será la diligencia del buen padre de familia (culpa), sino la imposibilidad de la prestación (casus).

Siguiendo a Gamarra, la responsabilidad sin culpa concierne a un grupo de obligaciones, a todas aquellas que se refieren a la obtención de un resultado concreto, donde no está en cuestión fundamentalmente el empleo y la medida de una diligencia media, sino la garantía de un resultado.²⁹ Ello ocurre, por ejemplo, en toda la gama de obligaciones de género, donde la responsabilidad prescinde de la culpa, en base al principio *genus non perit* (art. 1558). Y tampoco la responsabilidad por hecho ajeno está basada en la culpa (art. 1555 C.C.).

²⁷ Comentando la norma en cuestión, expresa el tratadista: “*Las normas pertenecen a una familia de disposiciones, inspiradas todas en el mismo propósito de favorecer la situación del deudor a título gratuito, que se manifiesta también en materia de saneamiento por vicios ocultos o por evicción (arts. 2204, 2236, 1629)*”, Gamarra Jorge, “*Tratado de derecho civil uruguayo*”, T. VIII, FCU, Montevideo, 1999, págs. 159-160.

²⁸ Señala Gamarra que sin perjuicio que el incumplimiento no imputable o fortuito resulta ajeno al ámbito del art. 1431, y que no hay responsabilidad si el incumplimiento no es imputable al deudor (art. 1549); “*de ello no se infiere que la culpa sea el presupuesto de la resolución del contrato prevista por el art. 1431, ni el fundamento de la responsabilidad contractual*”. Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 209.

²⁹ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 212.

En suma, si la o las obligaciones que nacen de un contrato son obligaciones de medios, la culpa será el fundamento único de la responsabilidad del deudor; en tanto si del negocio jurídico emergen obligaciones de resultado, el fundamento de la responsabilidad será la ausencia del resultado, en principio independientemente de la diligencia que observó el deudor. En este último caso, cuando el resultado no se obtiene, el deudor igualmente responde, aun cuando no haya culpa de su parte. Concomitantemente, entendemos que cuando se trata del cumplimiento de una obligación de resultado, la diligencia que debe observar el deudor ha de ser mayor, a efectos de alcanzar tal resultado. En este sentido, la diligencia va a ser tomada en cuenta para determinar si el resultado no se obtuvo por una causa extraña no imputable al deudor.

Cabe aclarar que el principio general es que el deudor está obligado a emplear la diligencia del buen padre de familia en el cumplimiento de la obligación, y en consecuencia, cuando su inobservancia produce el incumplimiento, la responsabilidad queda configurada irrevocablemente. Particularmente, tratándose de obligaciones de resultado, el incumplimiento se verifica cuando no se cumple con el resultado prometido, y cuando haya responsabilidad por negligencia del deudor, la culpa servirá para calificar el incumplimiento. En este caso culpa e incumplimiento se identifican, pero de ello no se puede deducir que todo incumplimiento presuponga la culpa, puesto que como ya hemos señalado, el incumplimiento puede configurarse aun cuando el deudor haya actuado con la diligencia de buen padre de familia, en cuyo caso habrá incumplimiento sin culpa.

No obstante, la culpa en las obligaciones de resultado no deja de cumplir un rol fundamental en la medida en que el deudor podrá eximirse de responsabilidad si la imposibilidad del resultado se debió a una causa extraña, pero siempre que esta no haya sido precedida de alguna culpa del deudor. De esta manera, la culpa pasa a vincularse a la zona de la imposibilidad de la prestación. En efecto, para que el deudor se exima de responsabilidad ante la falta de cumplimiento, el Código Civil requiere que la causa extraña no le sea imputable, que el caso fortuito o fuerza mayor no estén precedidos por alguna culpa suya (arts. 1342 y 1343). Por lo tanto, cuando la imposibilidad hubiera

podido evitarse con un comportamiento diligente (seguramente mayor) del deudor, éste responde no obstante el impedimento.

Concomitantemente en este punto podemos ver la importancia que asume el elemento culpa en cuanto a la reparación de los perjuicios.

Tal como sostiene Gamarra, la clasificación que hemos señalado, sin perjuicio de no ser pacíficamente admitida, es utilizada frecuentemente por la jurisprudencia respecto a la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad contractual. El mencionado tratadista señala que cuando la obligación emergente de un contrato es de resultado -cuando el deudor se obliga a alcanzar un determinado resultado-, al acreedor le basta probar la no obtención del resultado (incumplimiento), sin necesidad de acreditar la culpa del deudor. Mientras que la prueba de descargo por parte del deudor será la acreditación de la causa extraña no imputable, la cual lo exonera de responsabilidad por imposibilidad de la prestación.

Si del contrato nace una obligación de medios, como ya hemos dicho el deudor no estará obligado a alcanzar un resultado determinado sino a emplear la diligencia del buen padre de familia (diligencia media). En este caso, para responsabilizar al incumplidor, el acreedor debe acreditar -además del contrato- la culpa de éste último, esto es, que el deudor no actuó con la diligencia del "*buen padre de familia*" (diligencia media). En tanto la prueba de descargo del deudor coincide con la que rige la obligación de resultado, pues debe justificar la causa extraña no imputable³⁰.

2. La especial responsabilidad de los funcionarios banqueros.

Resulta oportuno resaltar la importancia de la actividad bancaria en el sistema económico moderno, y la cuestión social y política que está ínsita en los mismos.

A este respecto, Humberto Jiménez Sandoval en su obra sobre Derecho Bancario³¹ enfatiza su consideración respecto a la actividad bancaria como

³⁰ GAMARRA Jorge, ob., cit., pág. 197.

³¹ Sandoval, Humberto Jiménez, "*Derecho bancario*". Disponible en: <https://books.google.com.uy/books?id=-kwKST2UGk8C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

servicio público. En esta obra el autor transcribe lo señalado por la Comisión de Evaluación del SBN (Sistema Bancario Nacional) de Costa Rica, según la cual los bancos *“pueden impulsar a los empresarios que quieran, y asfixiar a otros, y dirigir en una palabra, el progreso económico y social del país, y determinan la ruina y prosperidad de las empresas...”*³² Y continúa, *“... semejante poder no debe estar en manos de particulares sino de la Nación. Si los recursos son del público, público es el servicio y pública debe ser la propiedad de las instituciones que manejan dinero”*³³. El autor mencionado también cita a Villegas, para quien la actividad bancaria *“es el elemento esencial para el desenvolvimiento de la actividad económica [pues] se anticipa a la producción facilitando poder de compra al empresario, y de este modo pone en movimiento todo el circuito económico, tendiente a abastecer las necesidades de la población.”* Y termina señalando: *“el bienestar general, el bien público, es, en suma, la finalidad primordial de la actividad bancaria (...) Esta característica de la actividad financiera es la que jerarquiza y tipifica en la sociedad contemporánea la actuación de los bancos y demás entidades que operan en el mercado de crédito; concluyendo que “cualquier otro propósito u objetivo a alcanzar debe subordinarse a esa finalidad trascendente de servir al bienestar general”*³⁴.

Sin perjuicio de lo expresado, tal como señalan Héctor A. Benébaz y Osvaldo W. Coll³⁵ para el derecho argentino pero trasladable a nuestro sistema jurídico, la actividad profesional del banquero se perfila como actividad profesional privada, aunque de interés público, por lo que se concluye que la responsabilidad es de tipo subjetivo. Ello por cuanto los autores no comparten el criterio de responsabilidad objetiva de la banca privada u oficial, que tiene como presupuesto la actividad bancaria como servicio público.

Por otra parte, están quienes no admiten calificar a la actividad bancaria como un servicio público, sea en sentido objetivo o propio, sea en sentido subjetivo o impropio. Tal como se señala en la obra de los autores³⁶, referentes del derecho administrativo excluyen a la actividad bancaria de la categorización

³² Sandoval, Humberto Jiménez, ob. cit., pág. 26.

³³ Sandoval, Humberto Jiménez, ob. cit., pág. 26.

³⁴ Sandoval, Humberto Jiménez, ob. cit., pág. 26.

³⁵ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., "Sistema bancario moderno", pág. 206.

³⁶ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 208.

de los servicios públicos. Así, parte de la doctrina entiende que se trata de una mera actividad de interés general. Y a rasgos generales se señala que la actividad bancaria es una actividad económica privada que tiene lugar en las relaciones entre sujetos según las formas organizativas de la empresa, a imagen de cualquier otra actividad económica preordenada a la producción o al cambio de bienes o a prestar servicios, desenvolviéndose en un régimen de concurrencia, utilizando los instrumentos negociables comunes puestos a disposición del derecho privado³⁷.

Por nuestra parte, tal como lo destacan los autores antes mencionados, adherimos a lo sostenido en las Primeras Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, en donde se sostiene que las entidades financieras prestan un servicio de los llamados "*impropios*"; que ejercen una actividad privada de interés público; y sobre todo que en el ejercicio de la intermediación en el crédito desempeñan una "*función social*" que compromete el interés público³⁸ (resaltado nuestro). Tal como veremos más adelante, la expresión "*servicio público impropio*" es utilizada por el TAC 2° Turno en sentencia N°53/2013, a efectos de fundamentar la diligencia exigida al Banco responsable del incumplimiento de un contrato de depósito.

En la misma línea la presidenta del Banco Santander (Ana Botín), expresa que a los bancos se les exige un comportamiento tal que contribuya al progreso de las personas y de las empresas, pues esa es la función de dichas entidades.

En la doctrina argentina, Luis Ignacio Porthé ha expresado lo siguiente en cuanto a la importancia social, política y económica de los bancos y su responsabilidad: "*Inicialmente, los bancos se han caracterizado por ser entidades de carácter privado como fuente de provecho sólo para sus titulares y con ámbito de gravitación acotada dentro del entramado social.*" Y continúa "*...En la actualidad se han convertido en instituciones de fuerte interés público al servicio de la sociedad, cumpliendo operaciones determinantes a los fines de*

³⁷ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 209.

³⁸ Primeras Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, del 24 al 26 de agosto de 1983, en donde se consideró como tema especial el vinculante con la "Responsabilidad civil de las entidades financieras". Conforme lo expresan los autores Héctor Benébaz y Osvaldo Coll, en la página 210 de la obra citada.

alcanzar un equilibrio económico, monetario, político y social. Esta creciente influencia de las entidades en la vida pública y el hecho de concentrar grandes masas del ahorro nacional, así como también la posibilidad de crear nuevos medios de pago, han justificado la intervención normativa del Estado sobre la actividad bancaria. Este intervencionismo no sólo se ve plasmado en un conjunto de disposiciones que regulan el sistema bancario o en lo atinente a su organización y regulación, sino también en las normas referidas a las obligaciones que las entidades deben observar en la contratación con sus clientes. Si bien resulta lógico que la escala tuitiva deberá guardar una relación proporcional a las menores posibilidades de cada uno de sus cliente sean de índole cultural, técnica o económica, diferenciando a tal efecto las categorías negociales de los sujetos que se vinculan a la banca en función de su grado de información, magnitud y profesionalismo en la materia, es a todas luces indubitable que el ahorro y el crédito merecerán siempre un cuidado calificado sin importar quiénes intervienen como contraparte en las actividades financieras”.

Es indiscutible que los bancos ocupan un lugar imprescindible en la economía de un país. Muchas empresas se mantienen en el mercado gracias al apoyo financiero de las instituciones bancarias. Por nuestra parte entendemos que a largo plazo posiblemente no resulte conveniente que una empresa se mantenga solo por la ayuda financiera de un banco, sin contar con recursos propios, sobre todo cuando esa asistencia se sustenta al margen de lo estipulado contractualmente.

En otro orden de ideas, la responsabilidad del banco se enmarca dentro de la teoría de la responsabilidad por daños, sin consideración de la ilicitud o antijuridicidad del acto del sujeto bancario, ya que como bien señalan los autores antes citados, hay responsabilidad por actos lícitos del Estado, que causan daños subjetivos³⁹.

Ricardo Lorenzetti por su parte señala que la idea de una responsabilidad profesional como campo de aplicación específica de responsabilidad por daños es una falacia. En efecto, según este autor, la cuestión trata de algo más preciso, de un orden público de protección fundado

³⁹ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W, ob., cit., pág. 207.

en el “desnivel cognoscitivo, pero que no autoriza a una igualación de los profesionales en el campo de la responsabilidad”⁴⁰.

Lorenzetti entiende que lo que ha marcado la profesionalidad en el mundo contemporáneo es la existencia de un conocimiento experto, cuya posesión da un poder frente al otro y designa entonces una nueva desigualdad negocial. En efecto, la profesionalidad importa conocimiento específico, inaccesible para el cliente y que vuelve a este último dependiente. Se trata de una “*dependencia cognoscitiva*”.

Es por ello que, siguiendo al autor, así como el desnivel económico generó un orden público de protección, también lo produce el de conocimiento. Surge entonces que la superioridad técnica se correlaciona con la jurídica, y es esta segmentación la que habilita nuevos temas: la interpretación contra el profesional, la inversión de la carga probatoria, el deber de informar, entre otros.

Por otra parte, Lorenzetti entiende que el distingo entre obligaciones de medios y de resultado, debe ser superado para avanzar en una teoría de las obligaciones de hacer, propia de la “*economía de servicios*”, que tenga en cuenta la enorme variedad de la misma.

A juicio de este autor, uno de los vicios conceptualistas es el de las denominadas “*obligaciones de medios*”, cuando se afirma que éste es el tipo de obligación que asumen los profesionales y allí pareciera agotado el tema, señala. Para este autor, el jurista debe tener una actitud atenta, empírica y crítica. Para ello, la búsqueda de los deberes no debe hacerse en los “*conceptos clasificadorios abstractos y mudo*”, sino en las distintas fuentes que los establecen. En efecto, como enseña el autor, los medios exigidos varían sustancialmente de un caso a otro, de una situación a otra. Por ello, lo que interesa es mostrar cómo surge lo debido, cuál es el enrejado normativo que permite su desciframiento, cómo se producen sus distintas intensidades y cuál es su efecto jurídico, tal como sugiere el autor.

Por otra parte, Héctor A. Benébaz y Osvaldo W. Coll señalan que desde el punto de vista civil y administrativo, se aprecia un “mix” entre los principios y reglas de derecho común y las valoraciones derivadas de la profesión de

⁴⁰ Lorenzetti, Ricardo L., en “*Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional*”, 1996-C-1172.

banquero. En efecto, siguiendo a Fargosi⁴¹ si bien los principios de la ley civil en materia de celebración, interpretación y ejecución de los contratos constituyen siempre el esquema esencial de la fase normativa y, así, de la responsabilidad, hay sectores específicos de la actividad empresaria -entre ellos, la bancaria- en que aquellos principios deben ser utilizados e integrados teniendo en cuenta las situaciones específicas vinculadas con el ejercicio de la actividad.

Debemos estudiar la problemática de la responsabilidad del banco sin dejar de contemplar la función propia de las entidades financieras, las cuales desempeñan un papel imprescindible, tal como lo hemos venido diciendo. Pues como bien señala Fargosi, se debe buscar, en todo caso, un *“justo y delicado punto de equilibrio, de modo que al procurar mantener y revitalizar el papel empresarial de los bancos, y constreñido a un comportamiento eficiente, también se persiga evitar que se deprima la actividad, de manera de no inducir a la no concesión de créditos a empresas aún con un mínimo de dificultades.”*⁴² Por tanto, consideramos que las exigencias al banco deben llevar a que el mismo desempeñe sus actividades de la forma más eficiente y en pos del mercado, para lo cual, tales exigencias deben ser ponderadas contemplando lo dicho precedentemente.

Según Bonfanti, citado por Benélbaz y Coll⁴³, la responsabilidad del banco se sustenta en la trilogía integrada, primero, por la culpa de la entidad financiera; segundo, por el perjuicio para el damnificado, y, tercero, por la *relación causal* entre culpa y perjuicio.

Partiendo de la responsabilidad civil, el banco es, ante todo, responsable contractualmente hacia sus clientes, en caso de inejecución o de mala ejecución de sus obligaciones. El banquero es, muy frecuentemente, un mandatario, un comisionista, un prestador de servicios, el cual puede ser responsabilizado contractualmente cuando el rompimiento abusivo, en forma intempestiva, por el banco, de un contrato de crédito, priva al cliente de sus posibilidades financieras.

⁴¹ Benélbaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 207.

⁴² Benélbaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 208.

⁴³ Benélbaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 207.

En todo caso debemos tener presente, que uno de los riesgos inherentes a toda actividad bancaria es lo que respecta a la eventual incobrabilidad de los créditos, para lo cual cuentan con centrales de datos y riesgos crediticios y también con seguros de crédito. Por tal motivo se señala que el banco asume su propia responsabilidad por el otorgamiento de crédito.⁴⁴

Por otra parte, en cuanto a la concesión de créditos, el banco debe contemplar el elemento confianza, el cual constituye la base de toda organización financiera sólida⁴⁵. Cuando nos referimos a la confianza como elemento central, no solo aludimos a la confianza que depositan los clientes en el banco sino también la confianza que crean tales clientes en tanto proveedores de bienes y servicios, frente al público.

Al respecto, consideramos oportuno mencionar un novedoso caso de la jurisprudencia francesa⁴⁶ que planteó el síndico de la quiebra de la Sociedad de Combustible y Carburantes de Francia contra el Banco de Descuento S.A., responsabilizándolo por el otorgamiento de créditos durante más de dos años a esta empresa, que estaba en verdadera cesación de pagos. Los tribunales franceses responsabilizaron al banco por todo el pasivo concursal de la quiebra de la Sociedad de Combustibles y Carburantes de Francia, sobre la base y con el argumento del art. 99 de la ley de quiebra francesa, por cuanto la conducta del banco demandado, otorgando créditos indebidos, había inducido una generación de confianza artificial, manteniendo viva a esta empresa y permitiendo la confiabilidad pública en el otorgamiento de créditos. Los franceses fundaron la responsabilidad de la banca en el otorgamiento abusivo o indebido de créditos a empresas en cesación de pagos y el mantenimiento de entes que virtualmente tendrían que haber desaparecido del mercado por quiebra.

Lo expresado pone de manifiesto que en referido caso para determinar la responsabilidad de la entidad financiera, se contemplan los perjuicios que padecen aquellos acreedores de la empresa mantenida en el mercado ficticiamente por culpa, precisamente, del banco.

⁴⁴ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 214.

⁴⁵ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 215.

⁴⁶ Citado por Héctor Benébaz y Osvaldo Coll. ob. cit., pág. 221.

Como ya es sabido, en aquella trilogía en la que se sustenta la responsabilidad de los banqueros, se integra la culpa, la cual es la que provoca -por el nexo causal- los daños padecidos. Para la doctrina francesa, siguiendo a Benébaz y Coll⁴⁷, de la culpa del banco nacen los deberes de información correcta y de análisis de la situación financiera del crédito, como también el deber de supervisar el empleo de los fondos prestados, como un derecho y una obligación de control, para evitar los perjuicios que pueda causar la actividad.

En Italia, tanto doctrina como jurisprudencia, también han profundizado en el tema de la responsabilidad de los bancos. Los italianos han enfocado el problema considerando que en este país los bancos son siempre los mayores acreedores de las empresas en falencia, basándose, además, en el aspecto de la publicidad del crédito. Según algunos autores, la empresa bancaria podría responder conforme a la teoría del riesgo creado; es decir, la responsabilidad objetiva, la responsabilidad sin culpa, fundada también en que la empresa bancaria asume un riesgo profesional o el típico riesgo de la empresa. No obstante, según lo señalado por Benébaz y Coll, recientemente se ha hecho un estudio más específico sobre este punto, determinando que la responsabilidad sobre la base del riesgo comúnmente, debe ser destacada cuando la actividad que crea la empresa prestataria es peligrosa. Por ejemplo, el caso de la responsabilidad profesional de las empresas que manejan energía nuclear, en cuanto la producen y la distribuyen para sus distintos usos.

En esta línea de razonamiento, tal como expresan los autores antes mencionados, la actividad bancaria no es una cosa, y mucho menos una cosa peligrosa, como para determinar un riesgo sin culpa y una responsabilidad objetiva como la creada en el derecho laboral.

Finalmente, resulta pertinente señalar que el art. 1845 del Código Civil italiano de 1942, vigente en materia de relaciones contractuales bancarias, sostiene la posibilidad de rescisión unilateral del contrato de crédito por justa causa, estableciendo como justa causa la mutación del patrimonio del deudor por divorcio, división de bienes, disminución de las garantías ofrecidas y desvío del destino o uso del crédito otorgado. Este control del destino del crédito puede generar la rescisión del contrato, y para asegurar su prueba el banco

⁴⁷ Benébaz, Héctor y Coll, Osvaldo W., ob. cit., pág. 223.

puede intervenir en la gestión empresarial. Particularmente, su responsabilidad o culpa reside en la omisión de controlar el destino del crédito, y tal negligencia puede ocasionar perjuicios a terceros acreedores comerciales y laborales, que confían en el control de la política crediticia de la entidad financiera, sobre todo cuando se trata de la banca especializada en la exportación, importación, fomento y desarrollo de nuevas actividades agrícolas o industriales.

En suma, la culpa o la "falta de debido cuidado o diligencia" en las entidades financieras es una pieza clave para determinar la responsabilidad en caso de daños padecidos por sus clientes. Esta "*diligencia debida*" debe analizarse teniendo en cuenta varios factores que explican el porqué de las mayores exigencias que son demandas a las entidades financieras.

Por consiguiente, debemos considerar en primer lugar que la actividad bancaria es un servicio de interés público, o, dicho de otra manera, los bancos desempeñan una función social que compromete el interés público. En segundo lugar, dada la desigualdad negocial y/o cognoscitiva entre el Banco (profesional, experto) y su cliente (sea persona física o persona jurídica), éste último se encuentra en una situación de sumisión con respecto al Banco, al menos desde el punto de vista cognoscitivo, lo que determina un orden público de protección a favor de los clientes. En tercer lugar, la confianza que depositan en los bancos también resulta imprescindible contemplar en la medida que muchos de los clientes desarrollan sus negocios gracias al servicio prestado por aquellos.

Dicho esto, solo resta desarrollar cuáles son aquellas conductas que se les exigen en particular a los bancos, por lo que a continuación describiremos el estándar de conducta que debe observar el "*buen banquero*". Este estándar de conducta es una construcción jurisprudencial que difiere del "*buen padre de familia*" y del "*buen hombre de negocios*", puesto que como veremos al estudiar las sentencias, se les exigen mayores deberes de actuar con prudencia y pleno conocimiento de los cosas.

3. Caso Bandes Uruguay S.A. Vs. Los Surcos S.R.L.

El primer caso de jurisprudencia a analizar será el del Banco Bandes Uruguay S.A. Vs. Los Surcos S.R.L. Nos centraremos en el fallo de primera instancia y en el de la Suprema Corte de Justicia en el cual finalmente se condena al Banco Bandes por incumplir con las obligaciones que emergen de la interpretación de las normas contractuales. En la sentencia de primera instancia se responsabiliza a Bandes, no solo por actuar de mala fe sino también por no prestar la “*diligencia debida*”, esto es, la de un “*buen banquero*”, la cual resulta de interés desarrollar.

El enfoque de análisis se centrará en determinar si estamos (y en caso afirmativo, cuáles son sus fundamentos y variantes) frente a un nuevo estándar de conducta, que doctrina y sobre todo jurisprudencia adiciona a los estándares ya conocidos como el de “*buen padre de familia*” (art. 1344 C.C.), el del “*buen hombre de negocios*”, entre otros. A tales efectos, mencionaremos de qué forma la jurisprudencia en este caso recurre a la culpa, haciendo referencia a la diligencia del buen banquero, para determinar la responsabilidad de Bandes. Seguido de ello describiremos cuáles son las exigencias que se le demandan al banco y valoraremos las mismas teniendo en cuenta las posibilidades pragmáticas del banco en tanto institución financiera.

Conforme se expresa en la sentencia de primera instancia, el Banco no ejecutó correctamente la obligación contractual asumida a tal punto que tuvo cierta incidencia en el cese de las actividades de la empresa Surcos.

Siguiendo a Lorenzetti, para abordar la problemática del caso, debemos partir de la búsqueda de los deberes no en base a “*conceptos clasificadorios abstractos y mudos*” (pensando en las obligaciones de medios), sino en las distintas fuentes que los establecen. En efecto, como enseña el autor, los medios exigidos varían sustancialmente de un caso a otro, de una situación a otra. Por ello, lo que interesa es mostrar cómo surge lo debido, cuál es el enrejado normativo que permite su desciframiento, cómo se producen sus distintas intensidades y cuál es su efecto jurídico, tal como sugiere el autor.

La particularidad de este caso es que por un lado están las estipulaciones contractuales y por el otro la operativa o relación habitual que se

extendió durante quince años entre el Banco Bandes y Los Surcos. Tanto la Juez de primera instancia como la mayoría de los ministros de la Suprema Corte de Justicia toman en consideración la operativa habitual para determinar la responsabilidad del Banco, utilizando argumentos tales como el principio rector de buena fe en el cumplimiento de los contratos, y la confianza del cliente en la colaboración y cooperación del Banco para su continuidad en el mercado.

La operación económica (tal como se alude en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia) que liga a las partes está dada por la existencia de varios contratos que podemos decir se hallan coligados entre sí, a efectos de financiar la actividad empresarial de Los Surcos S.R.L., dentro de determinados montos y parámetros de financiación.

La relación contractual se basa en la existencia de dos contratos base que son el contrato de cuenta corriente bancaria y el contrato de línea de crédito con cesión de créditos en garantía. En este último se estipuló que Bandes iba a adquirir todos los créditos que emitiera Los Surcos contra Tienda Inglesa, por tiempo indeterminado. Las partes convienen expresamente que *“la línea de crédito relacionada con la cláusula primera puede ser cancelada o disminuida en cuanto al monto en cualquier momento por BANDES URUGUAY sin expresión de causa y sin que tal decisión genere derechos a indemnización de daños y perjuicios de ninguna naturaleza a favor del cedente.”*⁴⁸

Por otro lado, la cuenta corriente de Los Surcos no contaba con autorización para girar en descubierto y del contrato vigente entre las partes surge la obligación del cliente de proveer los fondos necesarios para atender las obligaciones de pago cursadas contra la cuenta la que solo podía relevarse previa autorización expresa y por escrito de la entidad bancaria (lo que no ocurrió).

En uno de sus alegatos el Banco expresa que *“...En atención a la función de garantía de la cesión constituida durante el tiempo que se desarrolló la relación comercial con el actor el Banco mantuvo una forma de operar que en todo momento procuró un justo equilibrio entre el derecho adquirido del*

⁴⁸ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia ya referenciada. Específicamente, la cita al contrato es realizada en la discordia del Dr. Jorge Chediak.

*Banco como consecuencia de la cesión y la liberación de los importes cedidos en cuanto excedieran lo necesario para cancelar las obligaciones vencidas...*⁴⁹

En la práctica (operativa habitual), Bandes solo utilizaba una parte de ese crédito para cancelar vencidos de Los Surcos, mientras que el resto era acreditado en la cuenta corriente de dicho cliente. Bandes alega que ello era un mero acto de renuncia de su parte, un acto de liberalidad porque beneficiaba a ambas partes.

La Juez de primera instancia entiende que no se trataba de un acto de mera liberalidad de la parte demandada sino que *“era la operativa convenida”* porque beneficiaba a ambas partes permitiendo la continuidad de la empresa y en consecuencia la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones contraídas y continuación del vínculo contractual. Esta operativa, en otras palabras, resultaba imprescindible para que Los Surcos continuara funcionando.

En lo que respecta a la autorización para girar en descubierto, lo que ocurría en la vía de los hechos era lo siguiente. Esporádicamente el banco hacía *“pre-giros”* (no se trataban técnicamente de sobregiros), por el solo incumplimiento de la titular de la cuenta de su obligación contractual de proveer de fondos suficientes, para lo cual cobraba una comisión resarcitoria (comisión por pre giro), pero ello a juicio de Bandes en ningún caso implicó un consentimiento tácito del banco, quien *“únicamente se limitó a pagar con fondos propios a fin de evitar que la cliente padeciera las consecuencias negativas de la devolución de los cheques por falta de fondos”*.

Por tal motivo la parte actora adujo que contaba con autorización tácita para sobregirar la cuenta sin mediar estipulación alguna en materia de límites en cuanto a importe, plazo de sobregiro e interés por los desembolsos con destino a cubrirlo.

El problema radica en que a principios del año 2010, Bandes cambia su forma de proceder, dejando de asistir a la empresa Los Surcos S.R.L., sin comunicárselo en forma previa y por escrito. Esto determina el cese de la actividad de Los Surcos S.R.L., dada la especial dependencia que mantenía con el Banco.

⁴⁹ Ídem.

Bandes se defiende alegando que de la cláusula en la que se estipula la línea de crédito con garantía de cesión de facturas surge el carácter abierto de la línea de crédito, quedando sometida a un monto máximo no reutilizable, alcanzado el cual cesaba la obligación del Banco de continuar asistiendo a la acreditada. Bandes sostiene que *“no suspendió ni limitó ni revocó ninguna línea de crédito en tanto lo que sucedió (...) fue que la demandante rebasó groseramente los límites del crédito de que gozaba sin que lo subsanara en tiempo razonable en circunstancias en las que hizo caso omiso a las advertencias que se le efectuaron por parte de la gerencia de la sucursal en reiterada y sucesivamente en el sentido de que debía adecuar sus conductas a los límites del crédito que tenía concedido.”*⁵⁰

En uno de los considerandos, la Juez de primera instancia sostiene que "un contrato como el que unía a las partes por un crédito global y por tiempo indeterminado cuyo objeto era el mayor ingreso de la actora (facturas contra Tienda Inglesa) nunca pudo haber sido la intención de las partes que la totalidad del importe del mismo fuera utilizado en cualquier momento y sin preaviso por la demandada para cancelar la totalidad de los adeudos de la actora en mérito que ello significaría la finalización del vínculo contractual por la imposibilidad de continuidad de la actora ya que dependía totalmente de ese ingreso para seguir funcionando". Seguido de ello la Juez expresa que le asiste razón a la parte actora que en ese caso la existencia del contrato quedaría al arbitrio de la parte más fuerte, la parte demandada.

De lo expresado se sigue que contemplando la desigualdad existente entre el Banco y su cliente (no obstante ser este una empresa), se le exige al primero posibilitar la continuidad de la empresa, en este caso utilizando un porcentaje mínimo del importe percibido por el crédito cedido tal como era la *“operativa habitual”*.

En el mismo considerando, la Juez expresa que a su vez debe tenerse en cuenta que el negocio bancario es esencialmente un negocio de especial confianza, *“el cliente confía en el Banco y los bancos confían en que sus*

⁵⁰ Las notas a las declaraciones y defensas de las partes en el proceso fueron obtenidas del propio expediente. Tanto la sentencia de segunda instancia como la de casación se encuentran en la Base de Jurisprudencia Nacional.

*clientes cumplirán con sus obligaciones*⁵¹. El tribunal sostiene que la relación de crédito y confianza es mutua, y además alude a la profesionalidad del banco en el manejo del crédito, por un lado, y al mayor conocimiento que posee con respecto al cliente, por el otro.

Es aquí donde se alude a la diligencia del buen banquero, expresándose que *“la diligencia de un buen banquero califica la exigencia de mayor grado de prudencia y atención en el ámbito de su especialidad”*, y además le es exigible *“el máximo de transparencia en su proceder, exigencia que se funda en el alcance de lo que implica el proceder de buena fe en este tipo de actividad.”* Poniendo énfasis en la desigualdad entre ambas partes, la Juez de primera instancia señala que *“quien concurre a un banco es un consumidor de servicios financieros en una posición desigual y sin información, actuando muchas veces más por confianza que por conocimiento o consentimiento”*.

Citando a Gustavo Ordoqui, se señala que la confianza es un componente importante en el funcionamiento de los mercados y las relaciones jurídicas que lo sustentan, *“se tiene derecho a creer en la expectativa y la confianza generada”*, concluyéndose que la confianza es básica en el derecho contractual dando prioridad a lo declarado objetivamente, *“hoy se pasó en muchos casos de contrato voluntad al contrato confianza, quien crea una apariencia se hace prisionero de ella y por ello crear apariencias o expectativas para que otro confíe en ellas puede llegar a comprometer la responsabilidad si luego no se es coherente y asume las consecuencias con quien legítimamente confió en la apariencia creada, la apariencia comienza a aparecer como un fenómeno imputativo de responsabilidad por sí”*.

Más adelante en el mismo considerando se expresa que en cuanto a la suspensión sorpresiva de la línea de crédito, ejercer el derecho de receso de contrato de crédito implica que se debe actuar con justificación y sin abusos. Y, para que este derecho no se ejerza en forma abusiva se suele exigir la existencia de un preaviso comunicando al deudor con anticipación que se clausurará su crédito y además deben existir justas causas, *“como ser cambios importantes en el estado patrimonial del deudor”*⁵². De acuerdo a la jurisprudencia citada en el considerando, las partes deben cooperar o colaborar

⁵¹ Ordoqui, Gustavo, *“Buena fe en los contratos”*, Ed. Temis, 2011.

en la obtención de la finalidad común que conforme la meta misma del contrato⁵³. La buena fe, por su parte, es el principio fundamental que orienta la cooperación, conforme se expresa en el considerando aludido.

En la sentencia de primera instancia, precisamente, se relaciona la buena fe con la común intención de las partes, la cual indica el mejor camino para la cooperación entre las mismas. De lo cual se sigue que a juicio del tribunal el funcionario del Banco Bandes debió ser consecuente y leal con la expectativa creada en su cliente. Así se indica en uno de los párrafos del último considerando: *“(...) la parte demandada sin previo aviso modificó su forma de actuar respecto del crédito cedido por la actora, ello determina que incurrió en responsabilidad por no actuar de acuerdo a la conducta esperada ni de buena fe excepto que hubiera acreditado que actuó justificadamente.”* Seguido de ello se aclara que *“la causa de justificación para el cambio de conducta esgrimidos por la demandada o bien no son suficientes como para eximirla de la obligación basada en el principio de buena fe y que surge de una interpretación contextual del contrato de comunicar (con antelación suficiente) por escrito la rescisión o no fueron probados”*⁵⁴.

Tanto en primera instancia como en casación se hace referencia a un actuar precedente de la parte demandada. En efecto, tal como se expresa en ambos fallos en octubre de 2009 el Banco, teniendo en su poder el balance de la actora, que por cierto mostraba un comprometido estado de situación patrimonial no muy diferente al que presentaba al tiempo en que decidió cesar la línea de crédito, amplió la línea de crédito en un tercio de U\$S 150.000 a U\$S 200.000, conducta que a juicio de la Juez de Primera Instancia resulta incongruente con la posteriormente asumida en enero de 2010.

Esto último nos lleva a sostener que al Banco Bandes se le exige no solo comunicar con antelación suficiente y por escrito a efectos de hacer conocer efectivamente su intención de rescindir el contrato de línea de crédito -aun cuando ello no haya sido estipulado- sino que también se le exige ser coherente con la expectativa creada en Los Surcos, para lo cual el actuar

⁵³ Dicha jurisprudencia referenciada por la propia Corte es la siguiente: Sentencia 204/002 de la Suprema Corte de Justicia.

⁵⁴ Sentencia 70/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno.

diligente de un “*buen banquero*” implicaría una mayor atención y colaboración con su cliente.

En suma, sin perjuicio que la empresa mostraba un nivel de endeudamiento importante (cheques impagos por U\$S 7.717.064) y que no estaba estipulada la obligación de un preaviso formal (aunque se establecía que el contrato se considera vigente mientras Bandes no notifique por escrito lo contrario), en este caso se primó el valor seguridad jurídica o de estabilidad en la contratación, sobre todo a efectos de evitar un daño inminente en una empresa que al final acarreó con consecuencias drásticas.

Entendemos que el hecho agravante y que pone de manifiesto la negligencia y consecuentemente la culpa del Banco es ese cambio inoportuno e imprudente en la ejecución de los contratos, ya que sin perjuicio estar acorde con lo estipulado contractualmente (por lo que resultaría lícito desde ese punto de vista) aquí se ponderan otras cuestiones como la seguridad y la estabilidad en la contratación (pues la empresa dependía de aquéllos sobregiros) y la confianza depositada en los bancos, por lo que se les exige una diligencia especial, mayor, la de un profesional banquero.

Aquí ingresamos a la cuestión de debate que es la culpa de los funcionarios del Banco Bandes, los cuales según la Juez de primera instancia se apartaron de la conducta que debieron observar conforme con aquella diligencia debida a la que ya hicimos referencia. Tal como lo hemos expresado, esta diligencia se aprecia en abstracto, en base a un “*estándar objetivo de conducta*” que se toma como modelo legal.⁵⁵ Así, el artículo 1344 del C.C. dispone: “*Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve.*” Y luego de definir el estándar de conducta de un hombre medio, esto es, el del “*buen padre de familia*”, el inciso final preceptúa: “*...Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código.*” Aquí no se toma como modelo el estándar de conducta del buen padre de familia sino el de un “*buen banquero*” o, como se expresa en el caso Dubai, el de un “*funcionario bancario especializado*”.

⁵⁵ Venturini, Beatriz y Tabakián, Marcela, “*De la culpa y la responsabilidad objetiva: el estándar y el principio de razonabilidad.*”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo N° 38, págs. 817 a 826.

En resumen, de acuerdo a lo expresado anteriormente, la diligencia del buen banquero en este caso exige: un mayor grado de prudencia, el máximo de transparencia en su proceder, un absoluto conocimiento y atención al relacionamiento habitual mantenido con el cliente -máxime cuando la empresa con la que contrata no posee los conocimientos que detenta el Banco en tanto especialista en su rubro-, y una actitud de cooperación y colaboración con el mismo.

El mayor grado de prudencia, por un lado, determina que el funcionario bancario deba analizar las posibles consecuencias y riesgos de su actuar, a efectos de evitar o disminuir posibles daños en su cliente. Además, tal como señala Betti, *"los contratantes deben utilizar el negocio jurídico -en tanto instrumento peligroso" al decir del autor- en forma razonable y prudente, ejecutando el mismo con reflexión y ciertos cuidados.*"⁵⁶

En el caso en cuestión, debido a que Los Surcos continuaba sin contar con fondos propios, Bandes toma la decisión de rescindir el contrato de línea de crédito, luego de que la gerencia de la sucursal en reiterada y sucesivas ocasiones le advirtiera que debía adecuar su conducta a los límites del crédito que tenía concedido. Podemos decir que a los ojos de nuestra jurisprudencia, una actitud prudente implicaría un formal preaviso por escrito y con un tiempo de antelación razonable por parte del Banco a efectos de que se haga efectiva dicha comunicación y así Los Surcos tome los recaudos necesarios para afrontar la situación.

Precisamente en la sentencia se sostiene que el Banco no probó por escrito tales advertencias, solamente se contó con la declaración de un testigo, que a juicio de la Juez no resultó relevante para determinarlo como justa causa de rescisión del contrato.

Por otra parte, de la sentencia de primera instancia también se desprende que no resulta prudente haber tomado la decisión de rescindir la línea de crédito cuando anteriormente había colaborado con el déficit financiero de Los Surcos, creando una expectativa de colaboración por parte del Banco hacia la empresa. Y más aún resulta inoportuna dicha decisión por encontrarse

⁵⁶ Betti, Emilio, *"Teoría General del negocio jurídico"*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pág. 91.

la empresa en plena zafra de cosecha de tomates. Alegato también tenido en cuenta por la Juez de primera instancia.

El propio Banco Bandes sostiene que en todo momento procuró mantener el equilibrio entre la empresa y su institución. El problema radica en que si el Banco adoptó una conducta de apoyo hacia la empresa, debe mantenerse en dicha posición; de lo contrario el principio de buena fe en casos como estos en donde existe un relacionamiento comercial de años (argumentos esgrimidos por los jueces), impone el deber de comunicar formalmente a la empresa, con una antelación considerable, la decisión de modificar la forma de proceder.

Desde un punto de vista práctico, entendemos que dada la dinámica de toda institución financiera como Banco Bandes, el hecho de comunicar con antelación y en los términos que reclama Los Surcos (y compartidos por la jurisprudencia) la decisión de rescindir la línea de crédito que, no se preveía como una obligación contractual, puede llevar a obstruir la actividad del Banco, quien posee un relacionamiento contractual con cientos de clientes.

En cuanto al máximo de transparencia en el proceder del Banco, que caracteriza a la "diligencia del buena banquero" también se relaciona con una actitud prudente, que pretende ocasionar el menor daño posible o no ocasionarlo directamente. Particularmente, se considera al Banco como la parte más fuerte de la relación contractual, que por cierto estipula unilateralmente ciertas cláusulas que pueden perjudicar al cliente. Una variación de los términos o condiciones generales estipuladas, se debe informar al cliente en forma clara, a los efectos de no ocasionar una situación de incertidumbre y consecuentemente de desigualdad a la parte más débil.

El absoluto conocimiento y atención al relacionamiento habitual mantenido con el cliente, también pretende mantener una conducta coherente con las expectativas creadas en el mismo e impuestas por el principio de buena fe.

En cuanto a la actitud de cooperación y colaboración, la misma ha de ser mutua entre el Banco y su cliente. En concreto, aquí la jurisprudencia parece ser aún más exigente con el banco en comparación con Los Surcos, quien no contaba con provisión de fondos.

Conforme se ha escrito sobre la superioridad del experto frente al profano,⁵⁷ se considera al cliente del banco como un consumidor de servicios financieros, que se encuentra en una situación de inferioridad jurídica, respecto a la “*superioridad técnica*” que posee aquél profesional. Consecuentemente, así como la Ley 17.250 de Defensa del Consumidor protege al consumidor final, también podría extenderse tal protección especial al cliente del banco.

Ya la Dra. Jenifer Alfaro Borges ha escrito sobre la “*Protección del Depositante en Cuenta Corriente Bancaria como Consumidor*”⁵⁸, cuestionando y analizando si el concepto de cliente bancario se corresponde con el de consumidor, el cual ha sido objeto de protección especial por el Derecho. La autora hace referencia a la protección directa que se le debe brindar al cliente bancario, estableciendo garantías tanto en la etapa de preparación o perfeccionamiento del o los contratos como en la etapa de ejecución de los mismos. En efecto, se pretende que las instituciones bancarias brinden la información suficiente a sus clientes (independientemente de que sean personas físicas o jurídicas), no solo para asegurar la transparencia en pos de la confianza de los usuarios, sino también a efectos de que se garanticen sus derechos dada la “*presunción de ignorancia legítima*” de la que se parte.

En tal trabajo se concluye que el consumidor bancario actúa "como un consumidor", esto es, no se ajusta a la calificación de "consumidor final" en los términos de la Ley 17.250, pero no obstante ello el Derecho lo ampara cuando actúa como tal en una determinada situación y momento. En efecto, allí se señala citando a Blengio, que conforme al principio de igualdad consagrado en la Constitución y en tanto se considera el régimen tuitivo de la Ley de Relaciones de Consumo como modificativo del régimen del Código Civil para la generalidad de los consumidores que se posicionan en una situación de inferioridad, podría extenderse por analogía dicha protección para los clientes que se encuentren en esa situación. A su vez, aun negando dicha extensión, el autor citado sostiene que tal protección deriva asimismo del mencionado principio de igualdad y de las cláusulas generales implícitas en todo contrato (buena fe, prohibición de abuso del derecho, entre otras).

⁵⁷ Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad profesional: El experto frente al profano", en Revista Crítica de Derecho Privado N° 5, 2008, págs. 897 a 907.

⁵⁸ Alfaro, Jennifer. "Protección del Depositante en Cuenta Corriente Bancaria como Consumidor". Disponible en: <http://www.derechocomercial.edu.uy/PonenciaAlfaro.htm>

En definitiva, podríamos considerar al cliente bancario como amparado por una protección especial, que se deriva de su asimilación con el consumidor final en tanto ubicado en una situación de inferioridad o debilidad, en este caso frente al profesional bancario.

Particularmente en el caso Bandes, no obstante haber ausencia de desigualdad en el poder negocial de las partes contratantes, debemos considerar esa protección especial que se le debe al cliente bancario (Surcos S.A.) en tanto usuario de servicios financieros que se encuentra en una situación de particular dependencia con dicha institución. A su vez, siguiendo a Luis Ignacio Porthé⁵⁹, aquí está en juego el crédito en el mercado, el cual merece un cuidado especial.

Lo cierto es que no resulta conveniente para los bancos, el hecho de que ejecuten los contratos conforme lo estipulado expresamente con sus clientes y de acuerdo a los criterios de política que detentan, y aun así sean responsables de los perjuicios padecidos en sus cocontratantes, por no prestar la colaboración suficiente. Además, en el caso en estudio, no era garantido que la empresa Los Surcos S.R.L. superara su situación financiera deficitaria, por lo que resta preguntarnos ¿hasta cuándo debería haber continuado Bandes asistiendo a su cliente para no cargar con el cese de actividad de la misma?

4. Caso Credit Uruguay S.A. Vs. Daltex Trading S.A.

En este capítulo abordaremos las particularidades del caso llevado ante el Tribunal de Apelaciones Civil de 2º Turno, en donde por sentencia N°53/2013 finalmente se responsabiliza al Banco Credit Uruguay S.A. a favor de la empresa Daltex Trading S.A., por incumplimiento del contrato de depósito bancario.

La jurisprudencia nuevamente recurre a la expresión "*diligencia del buen banquero*" para referirse a la diligencia que debió observar el Banco ante la presencia de ciertos indicios que se estudiarán más adelante. A juicio de la Sala el Sr. Patrón, funcionario del Banco demandado, no prestó la diligencia

⁵⁹ Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/09-winitzky-porthe.pdf>

debida y por tanto incurrió en culpa grave, lo que determinó su responsabilidad al no probar la causa extraña no imputable.

Preliminarmente debemos realizar las siguientes puntualizaciones. De acuerdo con la cláusula 3° del contrato, referenciada en la sentencia mencionada, *“El cliente renuncia a promover contra el Banco toda acción de responsabilidad por el cumplimiento de las instrucciones, aún en el caso de que una persona no autorizada haya falsificado la firma, o haya realizado un uso abusivo del nombre del cliente, número de cuenta o procedimiento de seguridad, relevando al Banco de toda responsabilidad contractual y extracontractual en que pudiera incurrir salvo en situaciones de dolo o culpa grave.”* Dicha cláusula debe armonizarse con la anterior que especificaba la facultad (no obligación) del banco de *“hacer un llamado de confirmación de la operación que a la postre fuera desconocida.”*

Tratándose de un contrato de depósito bancario, la obligación principal emergente del mismo es una obligación de resultado⁶⁰, por lo que el demandado debe probar la causa extraña no imputable a efectos de exonerarse de responsabilidad.

Así lo ha sostenido el Tribunal en anterior integración (Dres. Chediak, Sosa y Sasson) y se ratifica en el presente caso: *“...estamos ante un contrato de depósito, en el cual se impone al depositario “la obligación de guardar la cosa y restituirla al depositante” (arts. 2239 y 2251 C. Civil), ello sucede porque la misma regulación está prevista para toda obligación de dar: art. 1334 del C. Civil “la obligación de entregar la cosa contiene la de conservarla como buen padre de familia”. (GAMARRA, Jorge, Responsabilidad Contractual. Tomo II El Juicio de Responsabilidad, pág.199, año 1999), obligaciones que debió asumir el aquí demandado y no cumplió con ellas...”* Y continúan: *“Su pretendida exoneración de responsabilidad en autos no se configura, ya que debería probar que existió una causa extraña no imputable (...) ante cualquier falsificación que no fuera manifiestamente visible porque ello implica exonerar de la culpa...”*

⁶⁰ Tal como señala la doctrina, por lo pronto la diligencia exigible aquí es aún mayor a la diligencia media del buen padre de familia puesto que el deudor se obliga a cumplir con el resultado.

La Sala homóloga de 3º Turno sostuvo que la obligación de seguridad emergente del contrato de depósito bancario se ajustaba a lo siguiente: *“El contrato de depósito bancario en sus diversas modalidades, ha sido considerado por la doctrina comercialista de nuestro país, como una variedad del depósito en general y del depósito irregular en particular (Supervielle “El depósito bancario” p. 463) o como contrato “sui generis” (Pérez Fontana, Cuadernos de derecho bancario, T. 2 p. 22), coincidiéndose en que el art. 740 del Código de Comercio al establecer que “los depósitos hechos en bancos públicos” (aclarándose que por bancos públicos debe entenderse toda institución bancaria y no únicamente las estatales) “quedan sujetos a las disposiciones de las leyes, estatutos o reglamentos de su institución, y en cuanto en ello no se hallan especialmente determinadas, serían aplicables las disposiciones de este título”, no ha sido derogado por el art. 2254 del C. Civil y prima sobre este último, por lo que, aun cuando el banquero se haga dueño de los fondos depositados, sus obligaciones no se rigen por las normas del contrato de mutuo sino por las del depósito. Compartiendo la opinión de Pérez Fontana en punto a la categorización del contrato que nos ocupa (ob. cit. pág. 23; A.D.C. Nº 5 c. 121 pág. 271), se prioriza la obligación de restituir los fondos depositados (art. 726 C. de Comercio y 2257 C. Civil) con suma rigurosidad, conforme con la función económica que cumple y a la primacía que en este tipo de relaciones -Banco versus depositante- debe acordarse al valor seguridad, ya jurídica ya de estabilidad en la contratación”. “Como expresa Supervielle: “Corresponde preguntarse a quién debe entregarse el depósito. Rige al respecto el art. 731 del C. Comercio según el cual el depositario no debe entregar la cosa sino al depositante, o a aquel a cuyo nombre se hizo el depósito, o al que fue indicado para recibirlo. Disposición ésta que aparece reproducida con alguna pequeña variante que no altera el significado en el C. Civil (art. 2262)”. (Cf. Supervielle, op. cit. pág.689). El Banco demandado responde por el contrato de depósito en caja de ahorro, con obligación de restituir, que es de resultado”⁶¹.*

A su vez, también es convocado al caso, lo afirmado en sentencia Nº 205/2012 del Tribunal en la cual se sostuvo que *“...para que sea procedente la*

⁶¹ En sentencia Nº 92/2009

causa extraña como enseña el maestro Gamarra aparte de que tenga su origen en un acontecimiento externo se deben dar dos requisitos, (...), a saber uno desde el punto de vista subjetivo que es la no imputabilidad del evento y un segundo requisito desde el punto de vista objetivo que es la imposibilidad de la prestación (Cfm. Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil uruguayo Tomo XVII Pág. 136)..." Y continúa: "El deudor no debe provocar el acontecimiento (la causa extraña), por su culpa, si lo hace, él es la verdadera causa del daño que sufre el acreedor (Cfm. Gamarra, Jorge ob cit Pág. 137)..."

En este caso el problema radica en que un usurpador de identidad, se hace pasar por el titular de la cuenta del Banco, el Sr. Moreyra (Director de la empresa parte actora), y ante la solicitud vía e-mail de emisión de cheque el Sr. Patrón (funcionario del Banco) sin realizar una llamada de confirmación recomienda y realiza una transferencia de fondos, provocando la pérdida de fondos que la empresa tenía depositado. La entidad financiera alega que la sugerencia por parte del funcionario fue siguiendo el criterio de una política de transferencia general de evitar pagos de sumas grandes por mostrador y que quedase identificado a quien se realiza el pago, sin perjuicio de reconocer que se puede pagar con un documento en ventanilla.

Por otra parte el Banco también alega haber seguido todos los pasos para efectuar una transferencia a distancia y *"no había mérito alguno para negarse a realizar la operación solicitada por quien en ese momento se creía que era el cliente"*.

Lo cierto es que el Tribunal ampara la demanda impartida por la empresa cliente, entendiendo que medió culpa grave de la parte demandada en la extracción de los fondos realizada mediante transferencia a favor de tercero,⁶² propiciando la maniobra fraudulenta.

La referida diligencia exige que el funcionario del banco no adopte una actitud pasiva sino que, por el contrario, ante la solicitud vía e-mail de emisión de cheque y frente a ciertos indicios que debieron llamarle la atención, extreme los controles a efectos de evitar este tipo de estafas.

⁶² Tal como se expresa en el fallo, el servicio de caja que es una obligación accesoria en casi todos los negocios de la actividad bancaria y que rige generalmente para el depósito en cualquiera de sus formas (Supervielle, El depósito bancario pág. 180, citado en la jurisprudencia referenciada).

Más aún, el Tribunal entiende que la diligencia de un buen banquero debe advertir una falsificación aunque no sea manifiestamente visible y siguiendo a GAMARRA: *“para un funcionario bancario era fácil advertir la falsificación y el no verla constituye culpa grave que no puede admitirse se invoque como cláusula de exoneración de responsabilidad”* (Cfm. Gamarra, Tratado, T. XVII, pág.258, segunda edición, Montevideo 1978). *“ (Sentencia de la Sala número 89 de fecha 2 de mayo de 2001, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, págs.82-83, caso 147),”... (Cf. BJA Sentencia No 275/2007).”*

Por otra parte, a los efectos de fundamentar la diligencia exigida al Banco, el Tribunal además de poner énfasis en la seguridad que debe proporcionar este tipo de contrato (de depósito bancario), hace referencia a la confianza que depositan los clientes a la hora de contratar con dicha institución.

“En el depósito la obligación básica y principal del banco es la de devolver el dinero recibido, en el mismo tipo de moneda, en el plazo pactado, con los intereses correspondientes. La seguridad en la devolución de su dinero constituye el factor determinante que guía al depositante a confiar en un banco, de ahí que el cliente elige el banco o institución financiera que le brinda más confianza para hacer su depósito (...).”

Seguido de ello, el Tribunal expresa que *“la diligencia debida al banco hoy en día es la diligencia especial profesional del “buen banquero” acentuándose las exigencia de profesionalidad al tratarse de una actividad precisamente profesional que implica un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, sumado a que los contratos con los clientes suponen una confianza especial entre las partes (LOMBARDI, C.E. La responsabilidad bancaria, notas características y aplicaciones prácticas - Rev. Der. Banc. y de la Activ. Financiera No.19-24, Ed. Depalma, p. 181 y ss)”*.

Por otra parte, al ponderar la responsabilidad de la entidad financiera, el Tribunal se basa en el interés general y el orden público que están implicados en este tipo de relaciones contractuales, los que exigen, además, una mayor diligencia en tales instituciones. Así lo ha señalado la Sala: *“...a la hora de ponderar la responsabilidad del banco se debe actuar con parámetros específicos dado que su gestión se realiza por parte de profesionales (especialistas) en los cuales el cliente confía y en ella están involucrados el*

interés general y el orden público. Así lo recordaba ORDOQUI CASTILLA (citando a DRUCAROFF AGUIAR) cuando afirmaba que la responsabilidad en estos casos adquiere un perfil específico, atento a que se involucra un interés público (servicio público impropio) que operaría con autorización del Estado, que se basa fundamentalmente en la buena fe y la confianza (Cf. ORDOQUI CASTILLA GUSTAVO "Derecho de Daños " LA LEY, Tomo II pág. 113).."

Ahora bien, tal como ya hemos expresado, en este caso en particular existieron una serie de indicios que a juicio del Tribunal debieron llamarle la atención al Sr. Patrón llevándolo a realizar una llamada telefónica de confirmación (facultad otorgada por la cláusula 2° del contrato), tal como lo impone la diligencia del buen banquero. En efecto, el Tribunal parte del supuesto de que todo funcionario bancario (en tanto especialista en el rubro) debe conocer a su cliente, por lo que el Sr. Patrón de haber atendido la correcta ortografía empleada regularmente por el Sr. Moreyra, hubiera advertido la existencia de ciertos elementos dudosos.

Los indicios son los siguientes. En primer lugar, el Tribunal hace referencia a la ortografía empleada por el supuesto Sr. Moreyra en los e-mails instructivos de la última operación bancaria a realizar. A modo de ejemplo, en la sentencia se menciona que en uno de los correos enviados, se hace referencia a la capital de los Emiratos Árabes Unidos, escribiendo "Dubay" en lugar de "Dubai", "hay" en lugar de "ahí" (reiterado en otro de los mails), lo que constituían indicios de que no se trataba de la misma persona. También resulta llamativo para el Tribunal que en dos de los correos el emisor se despida con la expresión "nos hablamos por aquí", como queriendo enfatizar la necesidad de que la vía electrónica sea el único medio de comunicación. A su vez, a juicio del Tribunal, otro indicio que debió llamarle la atención al banco, fue el hecho de que el emisor usara la expresión "talón al portador", la cual es poco típica en el Río de la Plata (siendo el verdadero cliente argentino) para referirse a títulos valores. Este indicio, tal como se expresa en el fallo de segunda instancia, "debió llamar la atención de un funcionario bancario especializado que debería conocer a su cliente tal como suele afirmar en la práctica bancaria."

En la misma línea se agrega que el cliente, el Sr. Moreyra, cuando se refiere a la moneda norteamericana dice "usd", mientras que el usurpador de identidad utiliza la expresión "usa".

Otro indicio lo constituye el hecho de que el Sr. Patrón (dependiente del banco demandado) hace la sugerencia de que el cheque no puede librarse si no es a la orden de alguien, cuando a juicio del Tribunal no habría razón para que el Sr. Moreyra se negara a eso. En efecto, lo poco habitual de la operación que se solicitó debió alertar al funcionario, realizando una llamada de confirmación. Así se expresa en la sentencia del Tribunal.

También resulta sugestivo, a juicio de la Sala, que se hayan transferido fondos a Panamá, en una operación no habitual en el cliente, cuando éste tenía negocios con gente en China.

Por otra parte, la casilla fraguada está a nombre de "*Moreira*" en vez de "*Moreyra*", por lo que una equivocación en el propio apellido también debió llamarle la atención al funcionario del Banco. El Tribunal sostiene que "*es por esto que la demandada debió extremar los controles poniendo otra especial atención en el apellido del accionante, que sin dudas aunado a lo anteriormente expuesto ameritaba una llamada de confirmación. Llamada que en otros casos no sospechosos se había efectuado para corroborar operaciones normales del giro de la empresa*". Y continúa señalando que lo precedente, "*era lo que se debía esperar de un buen profesional bancario, quién no debía descansarse en la similitud de las firmas, la verdadera y la falsificada*."

Por tanto, en casos como estos en donde el presunto cliente solicita operaciones poco habituales, por cierto a distancia vía electrónica, sumado a los errores ortográficos que tampoco suelen ser habituales (ya que el cliente en este caso es un empresario bien expresado sin faltas ortográficas), es obligación del funcionario del banco extremar los medios a su alcance para confirmar la real voluntad de su cliente. A juicio del Tribunal, no se admite excusa alguna para no sospechar o dudar de los correos enviados por una casilla no registrada ni para no realizar una llamada telefónica de confirmación, siendo este un "*acto tan incorporado a la vida actual*".

En otro orden de ideas, para los ministros también constituye culpa grave, el hecho de no formalizar la modificación de la casilla de correo electrónico y no asegurarse de que se tratara del titular de la cuenta, no extremando los controles debidos a efectos de evitar este tipo de maniobras fraudulentas. "*Un cambio tan importante en la forma de comunicación, debió ameritar al menos una llamada telefónica para confirmar y el envío de*

formularios por Courier para ratificar...” Además, a juicio del Tribunal resulta inaceptable para una institución bancaria internacional que dentro de su giro se halla el manejo de grandes cantidades de valores la falta de contralor que se hizo, dado el actual y constante avance de la tecnología.

En suma, la “*diligencia del buen banquero*” es una diligencia especial, mayor a la diligencia del “*buen hombre de negocios*”, que debe perfilarse de acuerdo a la profesionalidad y especialidad del banquero y a la función económica que cumple el contrato de depósito, en este caso.

En efecto, al banquero se le exige un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. Precisamente, en este caso la diligencia del buen banquero impone el deber de conocer a su cliente, inclusive la ortografía empleada por el mismo.

Tratándose de operaciones a distancia vía electrónica, se le exige al funcionario no estarse a la presunta identidad de firmas y realizar al menos una llamada telefónica para confirmar la real voluntad de su cliente, y más aún si en operaciones anteriores se procedió de ese modo (la jurisprudencia aplica la teoría de los actos propios y el principio de buen fe).

Además le es exigido formalizar la modificación de la casilla de correo electrónico, documentándose debidamente y asegurándose que la identidad de quien modifica la casilla de correo es exactamente la misma que la del titular de la cuenta bancaria.

Todo ello no fue hecho por el Sr. Patrón, lo que constituye para el Tribunal culpa grave.

Las razones y argumentos de tales exigencias son las siguientes. En primer lugar, el Tribunal refiere a la función económica que cumple el contrato de depósito bancario, pero en lo que pone más énfasis es en la profesionalidad y especialización del funcionario banquero. Tal como ya lo hemos expresado en otra oportunidad, la diligencia debida es aún mayor tratándose de profesionales, tal como ocurre con los médicos.

La mayor diligencia exigida al banquero ha de ser directamente proporcional a la especialización que los hace expertos en el rubro. Lo cierto es que si valoramos las exigencias que demanda la jurisprudencia en este caso, advertimos cierta desproporción con respecto a la función y tarea que tiene a su cargo el banquero, quien inmerso en la dinámica de su actividad,

difícilmente logre advertir un cambio en la ortografía y expresión utilizada por su cliente.

Nosotros entendemos que en lo que tiene que ver con la atribución de responsabilidad al banco por no realizar un llamado de confirmación al no advertir la deficiente ortografía utilizada por el usurpador de identidad en relación a la correcta ortografía empleada regularmente por el verdadero cliente (a quien debería conocer), resulta un tanto excesivo. El funcionario bancario recibe diariamente instrucciones vía electrónica de sus clientes y no parece viable desde el punto de vista práctico, que atienda y conozca la ortografía empleada por cada uno a efectos de advertir posibles engaños por parte de quienes pretendan realizar una estafa.

El tribunal también agrega a sus argumentos, el manejo de grandes cantidades de valores que se halla dentro del giro de la institución bancaria internacional. Por tal motivo las exigencias hacia el funcionario bancario deben ser mayores a los efectos de evitar errores y así no ocasionar perjuicios innecesarios en sus clientes.

Concomitantemente, el cliente confía en el banco y por ello deposita sus fondos allí. El Tribunal cita a Lombardi, quien entiende que los contratos con los clientes suponen una confianza especial entre las partes. Este elemento de la confianza también es tomado en cuenta por la jurisprudencia en el caso *Bandes*, ya estudiado. En este caso en particular, un socio del Sr. Moreyra alega que en tres operaciones anteriores y por un monto inferior, el funcionario del banco realizó llamadas telefónicas, por lo que le resultó llamativo que no lo hubiera hecho en la última oportunidad, sobre todo tratándose de una operación vía electrónica.

Otro argumento que utiliza la jurisprudencia tiene que ver con la desigualdad existente entre el Banco y su cliente. En efecto, tal como ya señalamos, el Tribunal expresa que en este tipo de relaciones "*Banco versus depositante*" debe dársele primacía al valor seguridad ya jurídica ya de estabilidad en la contratación.

Finalmente, el Tribunal también alude al interés general y al orden público que está involucrado en el servicio prestado por el banco. En efecto, se cita a Ordoqui Castilla, para quien (siguiendo a Drucaroff Aguiar) la responsabilidad en estos casos adquiere un perfil específico, "*atento a que se*

*involucra un interés público (servicio público impropio) que operaría con autorización del Estado, que se basa fundamentalmente en la buena fe y la confianza*⁶³.

Para nuestra jurisprudencia, por tanto, el cliente del banco siempre se encuentra en una situación de desventaja con relación al Banco, y atendiendo al interés general, al margen de lo estipulado contractualmente (al menos que ello favorezca al usuario del servicio financiero), la entidad bancaria deberá reparar los daños ocasionados por *“mala ejecución del contrato”*. La particularidad aquí es que expresamente las partes contratantes estipularon que el Banco no iba a ser responsabilizado por cumplimiento de las instrucciones *“aún en el caso de que una persona no autorizada haya falsificado la firma, o haya realizado un uso abusivo del nombre del cliente, número de cuenta...”*, como ocurre en este caso. La excepción a la regla es que el Banco haya actuado con dolo o culpa grave. Como aquí no se pudo determinar el dolo, el Tribunal entendió que hubo culpa grave por parte de la entidad financiera.

Tal como ocurre en el caso Bades, las partes al contratar, procuran mantener cierto equilibrio. En este caso en particular, el Banco estaba obligado a cumplir con las instrucciones de su cliente, incluso si las mismas fueran hechas por un usurpador de identidad, siempre que el banco cumpla con la diligencia debida (que a juicio de la jurisprudencia es la diligencia del buen banquero). Aquí la entidad financiera sostuvo haber procedido de la forma correcta, pero ello no fue compartido por el Tribunal, exigiéndole una diligencia mayor a la que se acostumbra en la práctica.

Aquí los ministros (desafortunadamente) no fallan según la equidad (sin perjuicio de que no están obligados a ello), sino que inclinan la balanza a favor del cliente, usuario del servicio financiero, con el argumento, entre otros, de tratarse de un servicio de interés público.

⁶³ Ordoqui Castilla Gustavo, *“Derecho de Daños”*, Tomo II, La Ley, Montevideo, 2012, pág. 113.

Consideraciones finales del capítulo

No discutimos que el servicio prestado por las instituciones financieras es un servicio de orden público, en donde está implicado el interés general. Como ya hemos expresado, siguiendo a Villegas, el bienestar general es la finalidad primordial de la actividad bancaria.

También es cierto, como señala Ana Botín que a los bancos se les exige un comportamiento tal que contribuya al progreso de las personas y de las empresas.

Por nuestra parte entendemos que tales exigencias deben corresponderse y estar acordes con la profesionalidad y especialidad de los funcionarios banqueros.

Ahora bien, en los casos que hemos estudiado, algunas de las exigencias hacia las instituciones financieras (tanto Banco Bandes S.A. como Credit Uruguay S.A.) resultan ser extremadamente excesivas e injustas. Desde un punto de vista práctico, más allá de la especialidad que detente el banquero, no parece viable que el mismo conozca y atienda incluso la ortografía empleada regularmente por su cliente.

Las partes al contratar buscan obtener, por supuesto, ventajas para cada una. Tanto en el caso Bandes S.A. como en el caso de Credit Uruguay S.A., las partes procuran cierto equilibrio al estipular, particularmente, la facultad de rescindir el contrato sin previo aviso y de retener los fondos sin ninguna limitación en cuanto al monto, y de cumplir con las instrucciones realizadas aunque no sea por el verdadero cliente (siempre que no haya culpa grave o dolo), respectivamente. Ambas partes cargan con el deber de prestar toda la colaboración que exija la naturaleza de las prestaciones asumidas para el mantenimiento del equilibrio económico pactado.

En el caso del Banco Bandes S.A., la jurisprudencia recurre al principio de buena fe para determinar que el banco estaba obligado (según surge de la interpretación de los contratos) a comunicar previamente, y con un tiempo de antelación prudente para que el cliente se pueda “reacomodar”, la decisión de rescindir la línea de crédito. Pero ello no surge de las estipulaciones contractuales. El Banco Bandes, tal como alega, procuró en todo momento

mantener el equilibrio entre las partes e incluso asistió a Los Surcos S.R.L. durante un tiempo (aunque breve) sin estar obligado a ello.

Sin perjuicio que gran parte de la cuestión gira en torno a la interpretación de los contratos, no parece correcto imputarle responsabilidad al banco por no actuar conforme a la conducta esperada por su cliente, que no fue convenida expresamente. En efecto, de ese modo se estaría rompiendo el equilibrio procurado entre las partes.

La mayoría de la jurisprudencia coincide en que el Banco es la parte fuerte de la relación contractual, pero que así sea no significa que deba actuar de manera paternalista para con su cliente, y acarrear con las consecuencias de la (tal vez) deficiente gestión de los administradores de la empresa cliente, por ejemplo.

Coincidimos en que los Bancos, dada su importancia para la población y la economía del país, deben colaborar con su cliente, pero ello no puede llevar a que se les exijan ciertos comportamientos que coliden con la actividad misma, la cual tiene una particular dinámica ya instalada.

Los Bancos adoptan una práctica determinada, conforme lo estipulado contractualmente y a los criterios de su política, que luego puede desencadenar en responsabilidad por no actuar de acuerdo a la "*diligencia del buen banquero*", término usado por nuestra jurisprudencia y que parece no tener contornos muy bien delimitados.

Este tipo de decisiones judiciales, puede llevar a que los Bancos se precipiten y adopten conductas más rigurosas. En efecto, entendemos que el hecho de que las entidades financieras deban estar al servicio *incondicional* de sus clientes, puede llevar a desencadenar algún costo para los usuarios.

Compartimos la opinión de Fargosi en cuanto a que se debe buscar un justo punto de equilibrio, procurando que los bancos desempeñen su actividad eficientemente y para todos los usuarios por igual.

II

ENFOQUE NORMATIVO

EL CASO LOS SURCOS C/ BANDES VISTO DESDE LA DOGMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

INTRODUCCIÓN

A. El objetivo del trabajo.

En el presente trabajo nos proponemos analizar el caso Los Surcos S.R.L. c/ Banco Bandes Uruguay S.A. desde la dogmática de la interpretación del contrato. La pregunta principal que nos planteamos es qué solución se daría al caso desde el enfoque formal mencionado, limitándonos exclusivamente a un análisis basado en la interpretación de la norma jurídica privada.

Creemos que se justifica una aproximación al caso desde esta perspectiva, ya que, sin perjuicio de otros enfoques que se adoptan en las sentencias relacionadas con el caso, el abordaje a partir de la interpretación de los contratos aparece como fundamental, y el propio resumen de la resolución del recurso de casación establece que *“la Suprema Corte de Justicia, por mayoría, entiende que, de las normas contractuales rectamente interpretadas surge que las partes pactaron la obligación de comunicar, con la debida antelación, la rescisión del contrato de línea de crédito. Por consiguiente, al no surgir acreditada (...) queda de manifiesto el incumplimiento de la parte demandada”*⁶⁴.

De esta forma, proponemos un análisis sobre dos puntos: qué se considera por "interpretación recta" y cómo se aborda el caso a partir de las distintas posturas existentes sobre la interpretación de los contratos.

B. Síntesis de los hechos.

El caso se presenta a raíz de la demanda de Surcos SRL contra Bandes SA en la cual se solicita la resolución de una serie de contratos en el marco de una cuenta corriente bancaria por la que las partes mantenían vínculos

⁶⁴ Sentencia de referencia de la Suprema Corte de Justicia.

contractuales. Surcos S.R.L. alega incumplimiento de dichos contratos por parte de Bandes, considerando que de ello derivaron los daños y perjuicios que se reclaman.

A efectos del análisis a desarrollar podemos resumir brevemente los contratos que vinculaban a las partes:

1. Contrato de línea de crédito con garantía hipotecaria, celebrado el 30 de diciembre de 1997 y ampliado en diciembre de 1998.
2. Contrato de línea de crédito con cesión de créditos en garantía, de fecha 22 de febrero de 2001, por el cual COFAC (antecesora de Bandes), concedía a Surcos S.R.L. una línea de crédito en garantía de la cual, SURCOS S.R.L. cedía toda la facturación conformada de Henderson & Cía. (Tienda Inglesa), hasta la cancelación definitiva de los préstamos concedidos.

El monto de la línea de crédito fue aumentado en junio de 2009 y octubre de 2009. En esta última oportunidad, además de dicho aumento (que se acordó en US\$ 200.000), se estipuló el descuento de hasta el 80% de las facturas de Tiendas Inglesa. Se pactó, a su vez, que la línea de crédito podía ser cancelada o disminuida en cualquier momento por el Banco, sin expresión de causa o motivo y sin que tal decisión generara derecho a indemnización de daños y perjuicios.

3. Contrato de apertura de cuenta corriente bancaria, que expresamente debía operar con fondos propios, celebrado el 29 de junio de 2001.

La Suprema Corte de Justicia acogió el recurso de casación deducido contra la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, confirmando el pronunciamiento de primera instancia, entendiendo la existencia de incumplimiento contractual de Bandes Uruguay S.A., y condenándolo a indemnizar a Surcos S.R.L.

C. La naturaleza de las normas de interpretación.

El Código Civil regula en los artículos 1297 a 1304 la interpretación de los contratos. La cuestión de la naturaleza de estas estipulaciones y las distintas

respuestas a esta cuestión, podría arrojar distintos resultados a la pregunta planteada.

La doctrina tradicional negó a las reglas de interpretación el carácter de normas jurídicas imperativas, sosteniendo que consistían en meros consejos, reglas facultativas, de las que el intérprete podría apartarse. Si adoptáramos esta postura no podríamos bosquejar una solución a partir de la interpretación del contrato, ya que abre camino a una infinidad de posibles métodos interpretativos e incluso a la arbitrariedad.

Es por esto que se rechaza esta lectura de las estipulaciones sobre interpretación de los contratos, que no es la que predomina en la comunidad jurídica uruguaya. La idea predominante es que la regulación de la interpretación que contiene el Código Civil constituye un límite a la discrecionalidad del intérprete, por su carácter vinculante y obligatorio.

Si las reglas de interpretación no fueran imperativas, el significado y alcance de las normas jurídicas privadas se determinaría según el criterio que en cada caso se prefiera adoptar (si se llega a un acuerdo al respecto), dando lugar a un estado de absoluta arbitrariedad y de inseguridad jurídica, en el que el contrato perdería todo peso como herramienta para regular las relaciones jurídicas privadas, lo que indudablemente no ha buscado el legislador, sino que, al contrario, lo ha consagrado como el instrumento por excelencia cuya seguridad se refuerza por el principio de asimilación de la norma creada por el contrato con la ley (art. 1291).

Hace falta simplemente observar el texto de las reglas de interpretación para notar que éstas no constituyen meros consejos si no verdaderos preceptos. Así, el artículo 1297 dice que las palabras de los contratos *deben* entenderse en el sentido que les da el uso general, el 1298 dice que en caso de ambigüedad *debe* buscarse más bien la intención común, y el 1299, 1300, 1304 también utilizan el verbo "*deber*", el que evidencia la imperatividad de los enunciados.

Por último, se puede considera otra visión, que si bien no modifica el análisis que continuará, parece ser más adecuada a la naturaleza misma de las normas de Derecho. De acuerdo a esta perspectiva, las estipulaciones del Código Civil que refieren a la interpretación de los contratos no podrán nunca ser normas imperativas en el sentido que se planteó ya que las normas

jurídicas no pueden obligar a algo que sucede en el interior, no pueden obligar a pensar de una forma determinada o razonar según ciertos parámetros; así, no pueden obligar a seguir un método determinado para dar significado a las estipulaciones de un contrato. En realidad, el intérprete procederá inevitablemente de la forma que considere más adecuada, o seguirá su propia intuición en la tarea interpretativa, ya que las normas jurídicas sólo prescriben conductas externas. Sin embargo, sí se puede considerar que éstas son normas jurídicas que imponen argumentar en base al método que estipulan; de esta forma, siempre que se plantee un conflicto en torno a las normas contractuales, sólo se podrá justificar desde la interpretación del contrato en base a las reglas que impone el Código Civil, lo que fuerza la interpretación en ese sentido, pero no la impone.

D. Dos tesis sobre qué prescriben las normas.

Si bien la doctrina uruguaya coincide en la consideración de normas jurídicas de las reglas de interpretación de los contratos, no existe unanimidad sobre qué es lo que estas normas prescriben.

Encontramos en nuestro derecho dos grandes tesis respecto a cómo se deben interpretar los contratos.

Por un lado, la tesis mayoritaria se afilia a una interpretación contractual en la cual es preciso recurrir a todos los elementos consagrados por el legislador, tomando en cuenta tanto los textuales como los extratextuales, los hechos posteriores, y los usos y costumbres a efectos de determinar la común intención de las partes en la contratación.

De acuerdo con esta tesis, la tarea del intérprete se centra en la norma contenida en el artículo 1298, rechazando el reduccionismo que implicaría ceñir la interpretación únicamente a las palabras.

Por otra parte, la tesis minoritaria entiende que existe en nuestro Código Civil un criterio interpretativo que establece que debe darse prioridad a las palabras contenidas en el contrato de acuerdo a su uso general, y que por ende la máxima en materia de interpretación se concentra en lo dispuesto por el artículo 1297, considerando al texto del contrato el objeto de la

interpretación. De acuerdo a esta tesis, el requisito de ambigüedad exigido por el artículo 1298 pone de manifiesto una necesaria jerarquización y consecuente secuencia en la tarea del intérprete, lo que no implica negar el recurso a los elementos extratextuales.

1. DESPEJANDO EL CAMINO

1.1 Distinción entre interpretación contextual y manifestación de voluntad tácita.

Es preciso analizar dos posibilidades antes de adentrarnos definitivamente en el análisis interpretativo. Estas dos posibilidades refieren a dos recursos distintos utilizados en la sentencia para explicar el comportamiento de las partes y las obligaciones asumidas en el caso en cuestión.

De esta forma, un modo de analizar el caso es entendiendo que normas nuevas, distintas a las originariamente pactadas, acordadas a través de manifestaciones de voluntad tácitas (fuente autónoma) eran las que regulaban la relación entre Los Surcos y Bandes.

Nos referimos a dos *posibilidades* porque ésta es una hipótesis distinta a la de la interpretación contextual propuesta por la tesis mayoritaria que implica que se tomen en cuenta los hechos posteriores para la reconstrucción de la intención común de las partes al momento de contratar, lo cual difiere de entender los hechos posteriores como elemento para establecer si hay o no acuerdo de voluntad tácito. Mientras que en el primer caso se utilizan las conductas posteriores para la determinación de la común intención, en el segundo se entiende que las conductas posteriores implicaron una manifestación de voluntad tácita que por sí misma regulaba la relación.

Esta aclaración tiene su razón de ser en el hecho de que si bien la sentencia alude principalmente a “*la verdadera intención de las partes*”, también refiere en algunos casos a la “*falta de regulación expresa de los contratos*” y es en base a ello que se plantea una posible regulación tácita.

La confusión puede verse ya que por un lado se establece respecto a la suspensión de la línea de crédito que: “*sin perjuicio de que la relación*

comercial no estaba regulada expresamente en los contratos que vinculaban a las partes, en la especie importa entender el acuerdo o modelo de gestión y la forma de proceder que ambas partes habían asumido durante los 15 años de relacionamiento comercial;⁶⁵ y seguidamente la sentencia estipula sobre el mismo punto: “el cambio que realizó la demandada sin justificación ni previo aviso, fue ilícito, al surgir de una *interpretación contextual del contrato* que se *había pactado la obligación de comunicar (...)*.” En la misma línea se establece: “*de las normas contractuales rectamente interpretadas surge que las partes pactaron la obligación de comunicar (...)*”

Al respecto, podría entenderse en base al primer punto que estamos ante una regulación tácita, fuente autónoma de obligaciones y cronológicamente posterior al perfeccionamiento del contrato; en tanto de los dos argumentos siguientes se infiere que el acuerdo surge del propio contrato, intención común que se deduce del comportamiento de las partes conforme a una interpretación contextual.

Asimismo en cuanto a la autorización para girar en descubierto, encontramos igual contradicción, dado que por un lado se sostiene que la misma surge de “*la verdadera intención de las partes*”,⁶⁶ entendiéndose que ella se evidencia de hechos posteriores; y por otro se explicita que “*si bien contractualmente (...) Los Surcos no contaba con autorización para girar en descubierto, lo cierto es que ello sucedió.*”

Por otro lado, cuando se alude al contrato de cesión de crédito, se sostiene que del mismo “*surge que es global por todos los créditos presentes y futuros de Bandes contra Tienda Inglesa por tiempo indeterminado*”, pero seguidamente se afirma que sin detrimento de lo estipulado en el contrato, “*es claro que la verdadera intención de las partes era que solo una parte de ese crédito fuera usado en beneficio de la demandada para cancelar los adeudos vencidos, mientras que el excedente (...) beneficiaba a la actora*”. En este caso si se quisiera argumentar en contra del primer enunciado, debería hacerse en base a la existencia de una modificación del contrato, y no por acreditación de

⁶⁵ Considerando III de la sentencia 475/2014 de la Suprema Corte de Justicia, citada anteriormente.

⁶⁶ Ídem.

común intención al momento de la contratación, dado que surge sin lugar a dudas que se pactó lo opuesto.

Recurrir a las conductas para determinar la común intención al momento de la contratación no es lo mismo que entender que las conductas crearon obligaciones de la relación contractual por medio de manifestaciones de voluntad tácitas sobre aspectos no regulados expresamente. De este modo parecería que se confunde interpretación contextual del contrato con manifestación de voluntad tácita como fuente autónoma.

Visto esto, lo que se pretende ahora es establecer si es posible entender la existencia de dichas manifestaciones como reguladoras del vínculo entre las partes, separadamente de un posterior análisis relativo a la interpretación contextual.

1.2 Requisitos de suficiencia de la manifestación de voluntad tácita como fuente autónoma.

Como enseña Gamarra, existe voluntad tácita cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico.⁶⁷

Algunas normas del Código Civil refieren a las características que debe tener la manifestación tácita de voluntad: esta requiere de una conducta concluyente, es decir una conducta que manifieste “*inequívocamente*” (art. 140), que suponga “*necesariamente*” (art. 1062) la intención: la conducta debe entonces ser unívoca.

Además, en función de esta voluntad tácita debe ser posible establecer un conjunto de reglas claras que compongan un sistema de reglas coherentes y permitan evaluar cuándo hay actuación dentro de las obligaciones pactadas y cuándo no.

En el caso en análisis no existen conductas concluyentes que permitan establecer un nuevo contenido normativo negocial:

- No es concluyente la conducta de tolerar cierta cantidad de sobregiros para sostener que existió autorización tácita para girar en descubierto, ya que tales sobregiros fueron acompañados de advertencias por parte

⁶⁷ Gamarra, Jorge, “*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*”, edición uso estudiantil, Tomo 1, FCU, 2010, pág. 217.

de Banded, lo que no manifiesta inequívocamente la voluntad de permitirlos como parte del contenido normativo.

- No hay conducta concluyente de ningún tipo que permita sostener que las partes acordaron tácitamente el preaviso para la rescisión del contrato de línea de crédito.
- Tampoco es una conducta concluyente el descuento del 80% de las facturas cuando la situación financiera de la empresa era una, para sostener que se pactó una obligación de descontar el 80% con prescindencia de la capacidad de repago de la empresa.

El requisito de claridad y suficiencia de las normas tampoco se desprende de las conductas. Considerar que existió manifestación de voluntad tácita sobre los aspectos antes mencionados, implicaría reconocer a su vez un conjunto de reglas claras y coherentes al respecto, elemento que no surge de las conductas analizadas. Es decir, si se entiende que mediante manifestación tácita se pactó preaviso, debería existir determinación de su plazo; o lo mismo, si se autorizó a girar en descubierto, debería haber al menos, estipulación de su límite.

1.3 Límites al alcance de la manifestación de voluntad tácita y su aptitud derogatoria de la expresa.

Por último queda todavía una faceta a considerar: ¿es válido entender que existe una modificación del contenido normativo comercial por manifestación de voluntad tácita cuando las partes habían pactado que no se podría modificar sino de forma expresa?

Esta pregunta se plantea en base a que la Suprema Corte de Justicia invoca la conducta de las partes sobre ciertos aspectos para determinar la existencia de acuerdo tácito, cuando no solo tal conducta concluyente no existió, sino que existía previamente un acuerdo expreso que le quitaba relevancia jurídica para regular la relación. Al menos, respecto de la autorización para girar en descubierto, las partes pactaron que: “*de no mediar autorización expresa y por escrito de COFAC, no se podrán girar cheques ni emitir órdenes de pago contra la cuenta en descubierto, y si se hace, COFAC no los pagará*”. De este modo ingresamos en otro nivel de análisis de

construcción hipotética: suponiendo que sí hubiera existido tal acuerdo tácito, ¿era éste apto para derogar un pacto en contrario expresamente acordado?

Señala Gamarra que *“cuando no existe norma legal o convencional que prive de relevancia a la manifestación de voluntad tácita, vale tanto una como otra forma de expresión”*⁶⁸. Justamente en este caso sí existe una norma convencional (el contrato) que priva de relevancia a la manifestación de voluntad tácita para dicha autorización, prescribiendo que de modificarse, deberá hacerse expresamente.

Es comúnmente aceptado que cuando una norma legal prescribe que para un caso la manifestación de voluntad debe ser expresa, no vale la manifestación tácita. Sin embargo, en el caso de normas convencionales, es cuestionable el planteo de que rige dicha norma que quita relevancia a la manifestación tácita si lo que se está proponiendo es que por dichas manifestaciones tácitas lo que rigen son normas nuevas. La cuestión es si siguen o no las partes vinculadas en lo relativo a la modificación, por esa norma que habían pactado expresamente. En todo caso, parece que deben probarse dos voluntades distintas: por un lado la de apartarse de la prohibición de modificación tácita, y por otro la de modificación tácita en sí misma. Si toda modificación tácita implicara por sí derogación de la prohibición de modificación tácita, entonces la prohibición carecería de toda finalidad. Sin embargo, este tipo de pacto es usual, y ello tiene sentido dado que asegura a las partes justamente contra posibles modificaciones tácitas de lo originalmente acordado. Se trata de una regla de certidumbre que las propias partes escogen e introducen, haciendo que las vincule.

En este caso, ni siquiera aparece un esfuerzo argumentativo por derogar la prohibición de modificación tácita.

En un extremo hipotético, una conclusión distinta respecto a esta discusión podría aportar a un caso de que existieran elementos suficientes para considerar que existió manifestación de voluntad tácita (conducta concluyente + sistema de reglas completo y coherente). Sin embargo, como se dijo, no se configura acuerdo tácito por ausencia de ambos elementos, lo que quizás es consecuencia de la inexistencia de tal conducta.

⁶⁸ GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Edición Uso estudiantil, Tomo I, FCU, Montevideo, 2010, p. 215

2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

2.1 Qué, cómo y con qué.

La interpretación del contrato es la actividad destinada a determinar el significado de la norma jurídica que las partes crean en ejercicio del poder normativo negocial mediante la utilización del instrumento que el sistema jurídico pone a su disposición para ello: el contrato.

Esta definición de interpretación supone sin duda adoptar una determinada postura acerca de qué es el contrato. Entendemos al contrato como una especie dentro del género negocio jurídico y como tal, como un supuesto de hecho de normas de cambio⁶⁹ (1246 y 1291 del Código Civil), de acuerdo con las cuales ante su verificación la consecuencia es el ingreso al sistema de una norma jurídica privada.

Así, los particulares en ejercicio del poder normativo negocial (presupuesto de existencia del contrato) celebran contratos cuya consecuencia es la creación de normas jurídicas privadas que regulan sus relaciones, al reflejarse en los individuos en la creación de situaciones y relaciones jurídicas de obligación. Cabe diferenciar ahora el objeto de la interpretación, los elementos y las reglas de interpretación.

Entendemos por objeto de la interpretación aquello sobre lo que recae la actividad hermenéutica, esto es el “*qué*” se interpreta. Respecto a cuál es éste, no existe una posición unánime, proponiéndose tanto el texto del contrato como la intención común de las partes.

Las reglas de interpretación, el “*cómo*” se interpreta, son las pautas que establece el sistema para determinar el significado de la norma jurídica privada que crea el contrato. Son, por ejemplo, las normas comprendidas en los artículos 1297 a 1304 del Código Civil.

Los elementos, que corresponden al “*con qué*” se interpreta, son el material al que debe recurrirse para construir el objeto, es decir, aquello que se utiliza

⁶⁹ Hart, H.L.A., “*El concepto de derecho*”, Abeledo-Perrot, 1963.

para esclarecer la intención común o el texto, elementos que deben ser utilizados en la forma que establecen las reglas de interpretación.

2.2 In claris fit interpretatio.

Interpretar significa en su acepción más amplia desentrañar el sentido contenido en una expresión. A lo largo de la historia los juristas no han empleado este término de forma unívoca, entendiéndolo fundamentalmente en dos sentidos.

Un primer sentido fue el asignado por la doctrina clásica uruguaya, la cual consagraba la máxima "*in claris non fit interpretatio*", relegando la actividad hermenéutica únicamente a los casos oscuros o difíciles. Se entendía de este modo, que cuando la norma era clara era posible prescindir de la interpretación.

Este planteo surge de la falsa distinción que radica en la confusión entre necesidad y dificultad de interpretación. Toda norma requiere ser comprendida para ser susceptible de aplicación, dado que no es posible sostener que una norma puede aplicarse por sí sola y de modo automático.

La falsa distinción surge porque cuando la norma es clara, su interpretación resulta tan espontánea que pareciera que se está prescindiendo de ella, y en cambio, cuando la norma es oscura la actividad de interpretación se hace evidente y es solo entonces que se advierte su real necesidad.

Entender que solamente se requiere de interpretación cuando la norma es oscura implicaría reconocer la existencia de dos tipos de formulaciones: las no controvertidas (que no requieren ser interpretadas) y las controvertidas (cuyo contenido solo es posible conocer mediante interpretación).

La crítica a la postura clásica radica fundamentalmente en que solamente es posible arribar a la conclusión de que una formulación es controvertida (o no) si se ha hecho previamente una interpretación de ella. Lógicamente no puede decirse que una norma es clara si no se desentrañó previamente su contenido (y éste es precisamente el concepto de interpretación). Es decir, lo que la doctrina clásica entiende como presupuesto de la interpretación es en realidad consecuencia de ella misma, de su previa aplicación.

Es en base a este razonamiento que la doctrina moderna ha desechado por completo esta máxima y actualmente entiende en forma unánime que toda norma jurídica requiere de interpretación para revelar su contenido.

2.3 Su finalidad.

De acuerdo a lo expresado, la interpretación es una actividad imprescindible para cualquier asignación de significado. Entendemos que la finalidad de la interpretación es atribuir significado a la norma jurídica que crea el contrato.

Esta atribución de significado es de fundamental importancia, ya que permitirá saber a las partes qué derechos y obligaciones derivan de esa norma jurídica privada, cumplir el contrato y eventualmente determinar cuándo hay incumplimiento. Así, la interpretación media entre el texto o intención común y la realidad, permitiendo calificar el contrato y determinar la regulación jurídica aplicable, hacer un examen sobre su regularidad jurídica, y establecer si las conductas se adecúan a la norma creada.

2.4 La interpretación jurídica del contrato.

En nuestro derecho predomina actualmente la visión de que las normas de interpretación son vinculantes, imponiendo un límite a la discrecionalidad del intérprete. Sin embargo, esta posición unánime se limita a este punto, encontrando oposición al momento de determinar a qué obligan.

Antes de llegar a tal divergencia, importa aquí destacar el punto de consenso según el cual la interpretación del contrato es un proceso indispensable y siempre necesario que permite determinar el significado de la norma jurídica privada, el cual debe desarrollarse de acuerdo a reglas legamente establecidas.

Entendiendo por interpretación jurídica aquella realizada conforme a los criterios que el legislador ha prescripto, vemos que la discusión doctrinaria que recae sobre cuál es el objeto de la interpretación presupone necesariamente el acuerdo previo sobre el carácter vinculante de dicha normativa. Esto nos permite partir de la base de que el Código establece de forma imperativa

pautas a seguir en la tarea del intérprete, sea que se consideren vinculantes en sí mismas, o vinculantes en referencia a la justificación que el intérprete debe dar del resultado al que llega producto de tal proceso.

De todos modos tampoco queremos engañarnos. Si bien un análisis formal impone dejar de lado una valoración de principios, es real que ante las mismas normas de interpretación la doctrina entiende cosas distintas, y entra aquí la interpretación de la ley, pero también aunque sea inconsciente o aunque se quiera evitar, entra en juego una jerarquización de principios. El intérprete proyecta sobre las normas de interpretación los propósitos políticos o morales que considera permiten ver esas normas bajo su mejor luz. Así podrá optarse por buscar armonía en dichas normas conformándose un sistema jerarquizado que parta del 1297 en que la interpretación literal prima; o podrá obtenerse armonía sistémica dando mayor campo de acción al juez y entendiendo que todos los elementos de interpretación que el legislador brinda se encuentran en un igual nivel de jerarquía.

Por esto se verá que en el desarrollo de ambas tesis no se excluyen los principios que pueden llevar a influir en la propuesta sobre la conveniencia de uno u otro método interpretativo. En definitiva se encuentran soslayadas las convicciones sobre qué principios ha jerarquizado el legislador al establecer una metodología para la interpretación del contrato.

Tomando como base las nociones hasta ahora señaladas, nos concentraremos en la discusión que recae en el *cómo, qué y con qué* de la interpretación, ya que según se la entienda de una forma u otra, la interpretación de un contrato puede arrojar resultados distintos sobre el significado de la norma jurídica privada.

3. TESIS MAYORITARIA SOBRE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: 1298 COMO NORMA FUNDAMENTAL

3.1 La común intención como objeto de la interpretación.

La postura mayoritaria de la doctrina uruguaya sostiene que la norma fundamental en materia interpretativa de los contratos radica en lo establecido por el artículo 1298. Éste determina que “*habiendo ambigüedad en las palabras debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos.*”

El planteo de la tesis mayoritaria consiste en que la regla básica de interpretación es la que manda averiguar la intención común para determinar el sentido concreto de la norma jurídica creada por el contrato⁷⁰.

Siguiendo a Gamarra “*interpretar es averiguar el sentido o significado de una cosa. Siendo el contrato un negocio jurídico, su interpretación tendrá por objeto una manifestación de voluntad. La interpretación del contrato busca reconstruir la voluntad de los sujetos que le dieron vida (partes contratantes; voluntad contractual). Una vez finalizada esta labor (esto es, luego de interpretado el contrato) quedará determinado el contenido negocial.*”⁷¹

La común intención es entonces para esta tesis el objeto de la interpretación, dado que ésta tiene por finalidad constatar el significado de la voluntad de los contratantes: saber lo que aquellos quisieron.⁷²

En base a esto se propone la aplicación de todos los artículos de interpretación subjetiva a la actividad hermenéutica, con el objetivo de cumplir con el mandato de buscar la intención común. Deben entonces utilizarse todos los elementos, tanto textuales como extratextuales para indagar la común intención, incluyendo las circunstancias en que fue emitida la declaración de voluntad, o sea el contexto (1299), el comportamiento de las partes anterior y concomitante a la declaración de voluntad, el comportamiento posterior (1301), y los usos y costumbres del lugar donde se celebró el contrato (1302).

⁷⁰ Rodríguez Russo Jorge, “*La interpretación del contrato*”, 2a Ed., FCU, 2008, pág. 194.

⁷¹ Gamarra Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, segunda parte, 3ª ed., FCU, 1999, pág. 203.

⁷² Gamarra, Jorge, ob. cit., pág. 203.

Esta postura es independiente de la discusión entre declaracionismo y voluntarismo, ya que aun considerando que la declaración prima sobre la voluntad o que no hay una verdadera oposición entre ambas, no es posible asimilar declaración de voluntad con expresión escrita. La declaración que se busca analizar no es otra que la declaración de voluntad, y ésta incluye actos, signos, gestos y circunstancias en las que fue emitida; es algo distinto a la expresión escrita, que no puede ser más que uno de los elementos a considerar en la búsqueda de la común intención, en la utilización complementaria de los distintos elementos.

Se puede llegar a otras conclusiones si se tiene en cuenta la importancia social del negocio jurídico y el significado que tiene en la sociedad para terceros. Esta dimensión social del contrato, aunque indiscutible, tiene que ser para esta tesis secundaria. El contrato es primero generador de una normativa que regula intereses privados y luego, dado ese carácter es que tiene importancia para la sociedad. Es por esto que en concordancia con el respeto de la autonomía privada debe primar la intención común sobre el texto, que puede no ser representativo de esa intención, limitándose el recurso al mismo como un elemento más en tal búsqueda.

3.2 Argumentos doctrinarios que se han sostenido

No se puede negar sin embargo que el texto de los artículos que regulan la interpretación de los contratos establece la condición de ambigüedad para su aplicación (“*habiendo ambigüedad en las palabras...*”, “*las cláusulas equivocadas o ambiguas...*”, “*que tengan relación con lo que se discute...*”). Frente a este elemento de fuerza a favor de la subsidiariedad del recurso a la común intención frente a la prioridad del sentido literal, se han sostenido distintos argumentos.

A. In claris non fit interpretatio

Originalmente, se entendía por parte de la doctrina, entre ellos por Peirano Facio en sus cursos de obligaciones⁷³ que el artículo 1297 consagraba la máxima “*in claris non fit interpretatio*”. De este modo, se excluía a este artículo de las normas de interpretación, determinándose que de acuerdo al mismo, cuando los términos del contrato eran claros debía prescindirse de interpretación, y que por ende las normas que regulaban la actividad hermenéutica recaían únicamente en aquellos casos en que las cláusulas contractuales eran dudosas, oscuras o ambiguas, situaciones que el legislador preveía a partir del 1298 y siguientes.

B. Error en la redacción del 1298

Una vez superada la visión tradicional y rechazada la máxima en que ella se sustentaba, la doctrina uruguaya buscó nuevos argumentos en los que fundamentar la primacía del 1298 a pesar de la consagración del requisito de ambigüedad.

Así la doctrina entiende que el Código estipula para la interpretación contractual dos tipos de normas: las subjetivas y las objetivas. Las subjetivas serían aquellas que se aplican primeramente dado que no presuponen la existencia de cláusulas equívocas o ambiguas, sino que tienden a establecer la común intención real y efectiva. Estas normas se encuentran contenidas en los artículos 1297, 1298, 1299, 1301, 1302, 1305 y 1307. En cambio, las normas objetivas serían aquellas a las que se acude cuando la común intención no puede ser develada mediante la aplicación de normas subjetivas. A estas normas refieren los artículos 1300 y 1304. De esta forma la doctrina mayoritaria entiende que dentro de las normas subjetivas el 1298 es la piedra angular de la actividad hermenéutica, y que todos los demás artículos de interpretación subjetiva deben utilizarse a efectos de determinar tal intención. Solo en caso de ambigüedad es que el legislador establece las normas objetivas a las cuales

⁷³ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 210.

deberá recurrirse ya no para *acreditar* la común intención, sino para *reconstruirla*.

La doctrina que sustenta que el 1298 es el centro de la actividad de interpretación, le atribuye (tanto a ésta como a otras normas) el carácter de norma subjetiva a pesar de que la misma esté redactada en forma condicional, y esto es así porque entiende que no cabe concebir que el objeto de la interpretación no sea otro que el de determinar la común intención al momento de la contratación. Señala Gamarra que la redacción dada en el artículo 1298 es objeto de un error del legislador, de una “*redacción imperfecta*”⁷⁴, establecida por Eduardo Acevedo y reiterada por Narvaja. Este error de redacción en la inclusión del presupuesto de ambigüedad podría deberse según entiende el autor, a la equivocada consideración de nuestros legisladores de la idea tradicional de que solamente son objeto de interpretación los textos ambiguos u oscuros, y de ahí que el 1297 consagrara dicha máxima, y la interpretación se limitara a los casos previstos en las normas siguientes.

De esta forma, el hecho de que el 1297 recoja el principio de “*in claris non fit interpretatio*” (hoy rechazado), sumado a la mala redacción del 1298 serían los factores distorsionantes que generan confusión en cuanto a la primacía de la común intención. Bajo esta lectura de las normas de interpretación, se realinea nuestro Código con la tradición jurídica del Código Civil francés, que funda en la autonomía de la voluntad contractual y en el criterio subjetivo el hecho de que sea la común intención de las partes el objeto de la interpretación.

- La ambigüedad surge luego de considerados todos los elementos

Por otra parte también se ha entendido que una norma clara puede resultar ambigua en virtud de pruebas extrínsecas a las palabras, por lo que no puede prescribirse un orden cronológico en el recurso a los elementos literales e intención común, sino que incorporándose todos los elementos conjuntamente, si el resultado es ambiguo, debe tenerse en cuenta la intención común aunque esta proporcione un significado distinto al del sentido literal. Se debe pensar entonces en una interacción entre palabras e intención común, y

⁷⁴ Gamarra Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, segunda parte, Tercera Edición, Ed.: FCU, Montevideo 1999, p. 228.

no en dos elementos absolutamente distintos cuyo uso viene dado por un orden cronológico, ya que perfectamente pueden coincidir, reflejando las palabras la intención común.

Así, aplicando la regla de indagar la común intención para dar significado a la norma jurídica privada que surge del contrato, la metodología interpretativa permite recurrir a los hechos de los contratantes posteriores al mismo, a los usos y a las costumbres. El propio Código Civil en el artículo 1301 señala que el comportamiento posterior puede explicar la intención de las partes al celebrar el contrato.

Se puede sostener de acuerdo a esta doctrina, que hechos posteriores traen ambigüedad a una norma que parecía clara, y que dada la existencia de ambigüedad, los hechos deben ser tenidos en cuenta para determinar el contenido normativo negocial. No es necesaria la existencia de ambigüedad previa a considerarse tal comportamiento, dado que en una interpretación sistemática y que aplica criterios no subsidiarios sino complementarios, los hechos posteriores de los contratantes deben considerarse en conjunto con los restantes elementos.

En aplicación de un método de interpretación en el que la intención común puede ser recabable mediante el comportamiento posterior, es fundamental analizar la relación de hecho entre las partes.

3.3 Construcciones argumentativas no planteadas por la doctrina.

3.3.1 Conveniencia de la aplicación del artículo 1299 del Código Civil en la actualidad.

Otro argumento que podría sostenerse en defensa del carácter central del 1298 del Código Civil y del recurso a todos los elementos en la indagación de la común intención, es que el método planteado es sumamente conveniente en una época en que el fenómeno de los contratos coligados o conexos es cada vez más fuerte, ya que permite incorporar el criterio de la interpretación sistemática que consagra el art. 1299. Así entendido, este artículo consagra no solo la armonía entre las cláusulas, sino en relación a la coherencia del negocio jurídico en su vinculación con otros negocios conexos. Este criterio adopta una

aplicación extensiva del 1299, en la que “contexto general” no solo alude a cláusulas de un contrato sino que incluye también como parte del contexto para interpretar, otros contratos conexos o coligados con él.⁷⁵

A favor de este argumento, encontramos la correlación a través de la analogía normativa entre el 1299 en materia de interpretación contractual, y el art. 20 en materia de interpretación legal, artículos ambos que propugnan por la interpretación armónica de todos los elementos normativos a disposición (sea en el caso legal, distintas partes de la ley; sea en el caso contractual, diversas cláusulas o contratos coligados o conexos). Se logra así completar un sistema de interpretación sistemático adaptado a la realidad contractual actual, en que la común intención se obtiene no solo de la armonía entre los “*términos claros y precisos en otra parte del mismo escrito*”, sino en otros escritos con él directamente vinculados que operan como gran marco contractual, sirviendo de base para dilucidar la común intención.

En apoyo a esta postura, lo que la doctrina mayoritaria sí ha sostenido es el error del Código en la inclusión del presupuesto de ambigüedad de este artículo, que podría hacer creer que se trata de una norma objetiva, cuando en realidad es una regla destinada a acreditar la efectiva y concreta intención común.⁷⁶

Asimismo, una lectura extensiva del artículo 1299 que incluye como herramienta de dilucidación de la común intención a los contratos conexos o coligados, aporta a la propia definición de qué se entiende por común intención, y a la distinción de la misma de la noción de consentimiento. Al tratar de diferenciar ambos conceptos, se sostiene que mientras el consentimiento es la voluntad de obligarse en sí misma, la común intención es todo elemento o medio de interpretación que sirva para revelar el contenido de la voluntad contractual. En esta dirección la interpretación sistemática recurre a todos los medios posibles de asignación de significado de la voluntad, no limitándose al texto del contrato, sino a la comprensión del “conjunto de circunstancias que enmarcaban su estipulación”⁷⁷.

⁷⁵ Rodríguez Russo Jorge, “*La interpretación del contrato*”, ob. cit., pág. 201.

⁷⁶ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 240.

⁷⁷ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 230.

3.3.2 "Correcta" lectura del 1297

En otro sentido, puede sostenerse que el artículo 1298 es la norma fundamental en materia hermenéutica como resultado de una *correcta lectura* del artículo 1297. Esta posición implicaría comprender que la discusión acerca de la primacía entre una y otra norma ha sido erróneamente planteada desde el inicio. Esto es sobre el entendido de que la norma del 1297 solo es una regla que refiere al uso general o particular de las palabras dado cierto supuesto de hecho y que no debe aplicarse a un ámbito mayor del que se ocupa. Específicamente resuelve un conflicto entre dos significados posibles de las palabras (el general o el especial) cuando el destinatario pretenda que ha entendido las palabras en un sentido particular distinto al general.

Determinado así el 1297 advierte al deudor que no podrá invocar esa distinta comprensión dado que será irrelevante su pretensión particular en ese caso específico, asignándosele a las palabras el sentido según su uso general (aquel que todos menos el deudor le asignan). Asimismo, indica al juez que debe rechazar la alegación del obligado de que ha entendido las palabras según un uso particular, y priorizar el uso general de las mismas.

Si entendemos que es a la regulación de este particular caso a que se dedica el 1297, entonces debería limitarse su campo de aplicación en materia hermenéutica y dejaría de ser sostenible el argumento de jerarquía del 1297 por su no condicionamiento a ambigüedad, aspecto que se resolvería por el hecho de que el 1297 no está condicionado simplemente porque se limita a un caso específico y no a consagrar el sentido literal previo a la búsqueda de la intención común.

Bajo esta óptica cabe también entender que el 1297 actuaría equilibrando la balanza a favor del acreedor, imponiendo un límite al principio *favor debitoris* y al peso de los argumentos que el obligado pudiera esgrimir a su favor en un caso particular cuando lo que existe no es ambigüedad sino distinta comprensión de las palabras.

3.3.3 *El art. 1297 como regulador de la forma en la que han de entenderse las palabras.*

Asimismo, podría plantearse también desde una visión restrictiva del ámbito de aplicación del 1297 que éste no consagra ni el principio de que las normas claras no deben ser interpretadas, ni una regla de primacía en la metodología de la actividad del intérprete, sino simplemente la forma en que debe realizarse la interpretación textual como uno más de los tantos elementos que el legislador regula a efectos de dilucidar la común intención al momento de la contratación.

Visto así, en la búsqueda de determinación de la común intención, el 1297 es una herramienta que encomienda al intérprete un modo de comprensión del texto, esto es, una regla que estipula que al interpretarse el texto, deberá hacerse conforme al uso general de las palabras.

Esta visión no obstaculiza considerar que la común intención es la piedra angular en materia hermenéutica, ni tampoco que el 1297 es una norma subjetiva más, sino simplemente cómo han de entenderse de principio las palabras que conforman un contrato.

4. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE LA TESIS MAYORITARIA AL CASO LOS SURCOS – BANDES

4.1 Elementos insuficientes.

Dados los elementos fácticos a disposición para analizar el caso Los Surcos – Banded que surgen de la sentencia, podemos evaluar cuál sería el resultado de la interpretación del contrato en aplicación de las reglas hermenéuticas que prescribe el Código Civil de acuerdo a la tesis mayoritaria sobre interpretación. Aplicando la regla de indagar la intención común para dar significado a la norma jurídica privada que surge del contrato, la metodología interpretativa nos permite recurrir a los hechos de los contratantes posteriores al mismo. De acuerdo a lo expuesto respecto a esta tesis, en un método de interpretación en el que la común intención puede ser recabable del comportamiento posterior,

es fundamental analizar la relación de hecho entre las partes en el caso concreto, para saber si ella aporta elementos suficientes para determinar qué quisieron las partes al obligarse.

Señala Gamarra que *“no hay más remedio que desechar el sentido literal del contrato, por más claro que éste sea, cuando otros elementos incontrastables acrediten que la voluntad fue otra. Debe tenerse en cuenta un complejo de elementos (textuales y extratextuales), cuyo análisis global es el que permite reconstruir la voluntad común de los contratantes”*⁷⁸. Si por hipótesis asumiéramos la corrección de la tesis mayoritaria en materia de interpretación del contrato, al colocarnos dentro de ella, observamos que aún en la misma, el elemento literal tiene un especial peso. Esto es, para sostener que la común intención difiere del texto deben existir otros elementos que lo contradigan de manera *“incontrastable”*. Es decir, la indicación provista por otros elementos no debe ser susceptible de interpretación armónica con la letra del contrato. Si esos elementos pueden adecuarse al texto contractual, entonces el mismo jamás puede dejarse de lado.

Los elementos deben ser *“incontrastables”*, esto es, de forma irrefutable deben acreditar cuál fue la voluntad de una manera incompatible con el significado del texto aislado, y de modo tal que se pueda entender que priman sobre el mismo. Si los otros elementos tomados en cuenta pueden armonizarse con el texto, tenemos como resultado lógico que éste prima, o que directamente es irrelevante determinar qué prima sobre qué, porque todos conducen a lo mismo.

Siguiendo este criterio, la tesis mayoritaria se muestra, en cierta medida, cuidadosa. Si se va a buscar la intención común más allá de la que señala el texto, debe hacerse con precaución y evaluando si surge de forma incontestable y clara cuál era la verdadera intención de las partes. Así, entendemos que aun aplicando el método de la búsqueda de la común intención, no hay elementos suficientes para arribar a las conclusiones a las que se llegó en el caso en cuestión, dado que la actuación de Bandes puede entenderse como conducta dentro de sus facultades, lo que no implica una

⁷⁸ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 213.

colisión incontrastable con el texto, sino actuación dentro de los derechos que el contrato le atribuía.

4.1.1 *Los sobregiros en el caso a estudio.*

Dado que cuando los sobregiros fueron tolerados, la actitud de Bandes no fue pasiva, sino que advirtió a la empresa sobre los mismos y que estos no eran de un monto tal como el sobregiro que se produjo cuando el Banco decidió no cubrirlos con fondos propios, tales hechos no pueden servir para clarificar sobre la intención común en el sentido de que ésta era la de autorizar a la empresa a girar en descubierto, cuando no solo existe el hecho de las advertencias de Bandes, sino también el texto de la cláusula de apertura de la cuenta corriente que establece que: “*De no mediar previa autorización expresa y por escrito de COFAC, no se podrán remitir órdenes de pago contra la deuda en descubierto, y si se hace, COFAC no las pagará*”. No parece surgir de forma incontestable que estuviera permitido girar en descubierto, si la empresa fue advertida por el Banco cuando lo realizó y si el texto del contrato era el señalado. Asimismo, del hecho de que el Banco *admite* un sobregiro porque puede hacerlo, no puede entenderse que *renuncie* a su derecho a su derecho a negarse a hacerlo, y menos aún, que en el futuro *deba* hacerlo.

La tesis sobre interpretación planteada no sostiene que se deba desatender el texto, sino que se debe apreciar en armonía con todos los otros elementos textuales que permitan indagar la común intención. Considerando el texto, los sobregiros tolerados, su monto y las advertencias, creemos que no hay elementos suficientes para sostener la colisión entre el texto y la operativa habitual que permita afirmar que la intención común era permitir a Los Surcos a girar en descubierto.

4.1.2 *El descuento.*

Teniendo en cuenta:

- a) Las circunstancias de las que dependía el anticipo del 80% del importe de las facturas (“cumplimiento de la deudora en materia de garantía e

información, documentación y capacidad de repago requeridas”) mencionadas en el contrato escrito;

- b) El hecho de que se pactó que se descontaría “*hasta el 80% de las facturas*”; y
- c) La operativa de contar con información de Los Surcos de que existían más facturas a cobrar a Tienda Inglesa por importes suficientes para atender las obligaciones a vencer y de que Tienda Inglesa corroborara esa información previamente a adelantar el importe, se desprende que:

No existe una conducta que acredite la obligación de anticipar el 80% *independientemente* de la situación de la empresa. Dado que la situación financiera de Los Surcos había sido distinta durante el tiempo en que se desarrolló esa operativa, no puede sostenerse que haya hechos incontrastables con el texto para entender que se había pactado esa obligación y que por ende existía tal intención común. Cuando la situación cambió, Bandes ejerció su derecho a descontar un importe menor al habitual, que importaba un máximo, y no un mínimo.

Por la operativa habitual, el Banco, una vez recibido el pago de Tienda Inglesa, pagaba las obligaciones vencidas, y si había un remanente lo acreditaba en la cuenta de Surcos, solo si previamente contaba con información del cliente de que existían más facturas a cobrar a Tienda Inglesa, por un importe suficiente para atender próximas obligaciones a vencer, y si tal información era corroborada por Tienda Inglesa. Mientras tales condiciones se cumplieron, Bandes adelantó ese porcentaje; ahora bien, cambió su proceder ante la inexistencia de facturas conformadas de Tienda Inglesa y la crítica capacidad de repago de los Surcos. Esta actuación estaba expresamente estipulada en el contrato, y en nada contraría la operativa habitual, por cuanto los hechos posteriores no solo no coliden con el texto, sino que no hacen más que confirmar que Bandes actuó dentro de sus facultades.

4.1.3 *Preaviso.*

Tampoco puede considerarse determinante el hecho de que se hubiera pactado una obligación de preaviso en uno de los contratos que vinculaban a las partes, siendo que éste era un contrato de garantía (cesión de crédito) esto

es, un contrato accesorio al principal de apertura de crédito y que la obligación de preaviso no refería a la rescisión del contrato, sino a las posibles compensaciones de los saldos de la cuenta. No es posible sostener que una obligación para un supuesto de hecho concreto de un contrato de garantía se extienda al contrato principal, ya que, aunque se admita utilizar contratos conexos como elemento en la actividad interpretativa, estos pueden contribuir en la medida en que permitan dilucidar la intención común respecto a la norma que se interpreta, intención que no surge de tal obligación, o al menos no surge claramente.

Relativo a este punto, rige la ley 6.895 sobre cuentas corrientes, que estipula en su artículo 34 que la cuenta corriente bancaria puede cerrarse cuando lo exija el Banco o el cliente, previo aviso con 10 días de anticipación, *salvo convención en contrario*.

De acuerdo a la tesis mayoritaria en materia de interpretación contractual, a efectos de dilucidar la común intención de las partes al momento de la contratación *“la conducta que estas asumen al tiempo del contrato, en la etapa precedente (tratativas) y en la posterior (ejecución) revela cual fue la voluntad contractual (...) Indebidamente, el artículo 1301 restringe su radio al comportamiento posterior, cuando las mismas razones existen para valorar la conducta concomitante y precedente.”*⁷⁹ Este mismo punto es sostenido por la propia SCJ en la sentencia: *“el 1301 del Código Civil admite tomar en cuenta los hechos posteriores al acuerdo debatido, ejecutados por las partes para la reconstrucción de sus comunes intenciones, pero nada impide que también se acuda a circunstancias fácticas anteriores, orientadas en el mismo sentido”*.

De este modo, debe tenerse en cuenta la conducta de las partes anterior a la contratación para entender las obligaciones asumidas conforme a la común intención. En el marco de una ley que establece una norma supletoria a la voluntad de las partes (no de orden público), por la cual se exige el preaviso, hacer no aplicable esa norma supletoria mediante un acuerdo expreso en contrario, no puede hacer más que reforzar y determinar que efectivamente la intención fue la de no establecer preaviso. Con menos razón podría decirse que tal previsión contractual contravenga el marco dentro del cual la ley habilita

⁷⁹ Gamarra Jorge, ob. cit., pág. 241.

a las partes a ajustar sus intereses mediante obligaciones de acuerdo a la autonomía de la voluntad, siendo que es justamente lo que se prevé.

Entendidos así estos aspectos sobre el contenido normativo negocial, no parece haber un apartamiento de las obligaciones pactadas por parte de Bandes siguiendo las pautas de interpretación propuestas por la tesis mayoritaria.

4.2 Elementos suficientes

A pesar de que tal como se expuso en el análisis precedente, la aplicación de la metodología de la tesis mayoritaria en el caso concreto no parece ser suficiente para llegar a la conclusión a la que arribó la Corte, es posible ver cómo lo que parecen *elementos insuficientes* para acreditar el incumplimiento de Bandes, pueden ser utilizados en cierto modo para argumentar la solución a la que se llegó. Es así que vemos como bajo argumentos fundados en una interpretación que pretende determinar la intención común, la corte justifica su fallo, recurriendo a elementos que conforme al planteo de la tesis mayoritaria, no podrían derivar en tales conclusiones.

4.2.1 *Los sobregiros en el caso a estudio.*

Utilizando la misma línea argumentativa se entiende que el hecho de Bandes haya tolerado sobregiros en determinadas oportunidades es muestra de cómo las partes habían entendido la norma jurídica privada que los vinculaba, y así, a través de una interpretación contextual, considerar la autorización para girar en descubierto como parte del contenido normativo negocial. De esta forma, se sostiene que la operativa habitual contribuye a revelar la común intención y atendiendo a ésta puede señalarse que las partes habían pactado la obligación de Bandes de cubrir los sobregiros.

En efecto, la Corte afirma “*si bien contractualmente la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L. no contaba con autorización para girar en descubierto, lo cierto es que en alguna oportunidad ello sucedió y fue contemplado por el propio Banco*”. Seguidamente sostiene: “*los hechos posteriores de los*

contrayentes permiten esclarecer (...) cuál fue la común intención de las partes al respecto (...). La posición contraria supondría desatender la pauta interpretativa prevista en el art. 1301 del Código Civil”.

Así considerado, y mediante argumentos aparentemente fundados en una interpretación contextual que recurre a la conducta posterior de las partes para la determinación del contenido normativo negocial, es que la Corte acepta y justifica la existencia de la obligación de Bandes de cubrir los sobregiros de la cuenta corriente de los Surcos S.R.L.

4.2.2 El descuento.

En el mismo sentido, por aplicación del artículo 1301, la interpretación hecha por la Corte (bajo el argumento de interpretación contextual) implica sostener que la operativa negocial de adelantar el 80% del importe de las facturas de Tienda Inglesa es un elemento fundamental para comprender que la común intención de las partes era pactar esa obligación sin condicionarla a las circunstancias mencionadas en el contrato escrito: *“cumplimiento de la deudora en materia de garantía e información, documentación y capacidad de repago requeridas”*.

Así, se argumenta que si el Banco hubiera adelantado el 80% de los importes como era la dinámica habitual, si bien la empresa hubiera seguido en sobregiro, éste hubiera sido de un monto sensiblemente menor (*“insignificante”*). Por otro lado, se invoca que *“sin perjuicio de que del contrato de cesión de créditos surge que es global por todos los créditos presentes y futuros que la actora tenga contra Tienda Inglesa por tiempo indeterminado, es claro que la verdadera intención de las partes era que solo una parte de ese crédito iba a ser utilizado en beneficio de la demandada para cancelar los adeudos de la actora (los vencidos) mientras que el excedente que era mayor del importe cobrado, beneficiaba a la actora.”*

La Corte entiende que, de acuerdo a la operativa desarrollada, la intención de las partes fue la de acordar un adelanto del 80% del importe de las facturas en la cuenta corriente de Surcos, independientemente de la capacidad de repago de empresa y que la disponibilidad del crédito cedido en garantía solo

refería a obligaciones vencidas, por cuanto al dejar de imputarse a la cuenta para destinarse a la cancelación de operaciones no vencidas, se produjo incumplimiento por parte del Banco.

4.2.3 Preaviso.

Respecto de la obligación de preaviso, en uno de los contratos (el de cesión de crédito) surge una obligación de preavisar a los efectos de regular la compensación de los saldos de la cuenta corriente con las deudas exigibles a cargo de cualquiera de los titulares. En una interpretación sistemática, habilitada según esta postura por la conveniencia de recurrir a la regla del artículo 1299 para construir el sentido de la norma jurídica privada en función de la intención común que puede ser clarificada a través del recurso a los contratos conexos, se puede sostener que si las partes pactaron la obligación de preaviso para el caso mencionado, también existía esta obligación de preaviso para terminar el vínculo contractual.

Así interpretado el contrato, a través de un método hermenéutico complejo que de acuerdo a la Corte el legislador ha permitido utilizar al intérprete para averiguar la intención común de las partes, y entendiendo esos elementos en la forma señalada, es que ésta considera que hubo incumplimiento de los Surcos por no cumplir con la obligación de preaviso de la rescisión del contrato de línea de crédito y por modificar sin preaviso la forma de proceder respecto a los descuentos y sobregiros.

Determina la SCJ en la sentencia que *“del instrumento que documenta la cesión de créditos al regular la compensación de saldos de la cuenta corriente con las deudas exigibles a cargo de cualquiera de los titulares, se estableció el preaviso, como medio válido de notificación entre las partes”*. De acuerdo a la interpretación realizada por la SCJ, se amplía el requisito de preaviso como medio válido de notificación, haciéndose exigible ya no solo en los aspectos expresamente referidos, sino respecto de los restantes contratos.

5. TESIS MINORITARIA SOBRE INTERPRETACION DEL CONTRATO: 1297 COMO NORMA FUNDAMENTAL

5.1 El texto como objeto de la interpretación.

Si bien podemos identificar la tesis desarrollada precedentemente como la más ampliamente aceptada, dentro de la comunidad jurídica uruguaya no existe un consenso total sobre cuál es el procedimiento que las normas del Código Civil establecen para interpretar los contratos.

Una lectura distinta de los artículos 1297 y siguientes del Código Civil encuentra el objeto de la interpretación en el texto y no en la “*común intención*”, a partir de considerar que la norma fundamental en materia interpretativa es la consagrada en el artículo 1297, y entendiendo que la interpretación que impone el Código Civil como primer paso es una interpretación literal, de acuerdo al uso general de las palabras.

Desde esta óptica, cabe plantear que la diferencia más relevante entre ambas tesis, es que mientras desde una postura se toma el objeto de la interpretación como punto de partida, desde la otra, se arriba a él como punto de llegada. De esta diferencia, que puede parecer una pequeña diferencia de enfoque, es que derivan la mayor parte de las discrepancias, ya que es una distinción fundamental que condiciona todo el pensamiento de la interpretación de los contratos. Considerar el objeto como un aspecto previo al del método de interpretación, crea un círculo vicioso, en que se leen los artículos de acuerdo a esa condición y se vuelve a afirmar, como si resultara de las disposiciones legales, cuál es el objeto. Éste es el resultado de partir de la máxima de que el objeto es la intención común o la voluntad de las partes. En el desarrollo de esta tesis, en cambio, argumentaremos cómo se puede obtener de la propia ley la respuesta a cuál es el objeto de la interpretación, partiendo de una análisis sin preconceptos para obtener una noción sobre la interpretación jurídica del contrato.

Esta posición se complementa con los aportes de la lingüística que permiten superar los inconvenientes que supone interpretar un texto en abstracto, al

enfocarse en el análisis del discurso, entendido como “*lenguaje en acción*”⁸⁰. Así, la lingüística del discurso, vinculada a la pragmática, propone acercarse al texto considerándolo una emisión concreta de un texto dentro de un espacio socio-pragmático determinado.

De esta forma, resulta evidente que el legislador nunca tuvo la intención de prescindir del contexto en la tarea interpretativa, ya que el contrato mismo consiste en una manifestación concreta de un texto y no en un texto abstracto. En este sentido se pronuncia Caffera, señalando que las conductas anteriores y concomitantes de los contratantes son parte de aquello que está sujeto a interpretación (el discurso), por lo que el artículo 1297 no limita la materia sujeta a interpretación sino que establece cómo se debe interpretar⁸¹ (de acuerdo al uso general de las palabras).

A continuación, se exponen los argumentos que sostienen esta tesis en dos pasos: primero, refutamos los argumentos expuestos para defender la tesis mayoritaria; luego, desarrollamos los argumentos positivos a favor de la tesis minoritaria.

5.2 Contraargumentos

A. *In claris fit interpretatio*. Revisión.

Nuestro artículo 1297, que abre la sección “*De la interpretación de los contratos*” establece que “*las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo.*”

Inicialmente, se asimiló al 1297 con la máxima “*in claris non fit interpretatio*”. Se entendía así, que este artículo determinaba que cuando el texto de una norma jurídica privada era claro, no se requería de interpretación. Asignarle ese significado permitió excluirlo de los artículos que establecían el método legal para interpretar los contratos y argumentar a partir de la consideración de lo

⁸⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Vigésimotercera Edición, Madrid, 2014. Consultado en <http://dle.rae.es/>

⁸¹ Caffera Gerardo, “*El artículo 1297 en el Código Civil uruguayo y la Interpretación del contrato en derecho contemporáneo*” en *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III, Editora Jurídica Grijlei EIRL, Lima, 2007, págs. 2254 - 2257.

establecido en el artículo 1298 como norma fundamental de toda la teoría de la interpretación.

Como ya se vio este dogma fue ampliamente superado, existiendo actualmente consenso en que la interpretación es presupuesto de la determinación de la claridad u oscuridad de una norma. Así, este argumento cae, ya que obliga a considerar lo establecido por el artículo 1297 como regla de interpretación.

B. Argumento del error de redacción.

Como se expuso, se ha sostenido que el artículo 1298 y el presupuesto de ambigüedad para indagar en la voluntad son resultado de un error de redacción, de una deficiencia, y que es producto de malentendidos el “*sentar una arbitraria e inadmisibile primacía de la interpretación literal.*”⁸²

Sin embargo, la arbitrariedad no parece radicar en la lectura del artículo 1297 que consagra la interpretación literal, sino, al contrario, en una argumentación que saltea lo consagrado en un artículo a partir de la consideración de que es un error del redactor. Cuando del supuesto error no deriva una imposibilidad lógica o fáctica y cabe la posibilidad de asignarle un significado al artículo, aunque éste no se comparta, debe aceptarse que es eso lo que establece.

Puede sostenerse así la inadmisibilidad de esta argumentación, dado que convierte al intérprete en legislador, permitiéndole decir lo que considera más conveniente en lugar de lo que la ley dice. Y en este caso, la tergiversación es resultado de esa consideración de que lo que se debe interpretar es la común intención y no el texto.

C. Respecto a los argumentos de conveniencia.

En el desarrollo de la tesis precedente se exponen algunos argumentos que tienden a señalar por qué es conveniente que el contrato se interprete

⁸² Gamarra Jorge, ob., cit., p. 230.

indagando en la común intención, recurriendo para ello a una variedad de elementos, justificando así la lectura que se da de los artículos.

El peso de estos argumentos se contrarresta fácilmente si se tiene en cuenta que también existen argumentos de conveniencia para sostener la tesis de la interpretación literal. Así, se sostiene que este método protege el legítimo derecho del destinatario de entender las palabras en el sentido general, reforzando la seguridad jurídica necesaria en la contratación. Por otro lado, se señala la conveniencia de la norma establecida en el 1297 en la sociedad actual, en que el contrato no concierne únicamente a las partes sino que es un instrumento muy frecuentemente inserto en redes contractuales, que conviene ser leído de acuerdo a códigos socialmente compartidos⁸³.

5.3 La correcta lectura del 1297

Precedentemente, desarrollamos un posible argumento a favor de la tesis mayoritaria asignando un rol al artículo 1297 que la doctrina no le ha adjudicado, consistente en resolver el conflicto entre el uso general de las palabras y el uso particular, a favor del primero, únicamente para el caso en que el obligado alegue haber entendido las palabras de acuerdo a un uso particular, es decir, que la aplicación del artículo estaría condicionada a ese caso específico.

Este argumento, sin embargo, se refuta con la misma lectura del artículo, que indica que *“las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo”*.

En el idioma español, se distinguen las construcciones condicionales de las construcciones concesivas;⁸⁴ las primeras están encabezadas típicamente por la conjunción “*si*”, y las segundas por “*aunque*”. En ambos casos, la construcción consta de una oración subordinada (prótasis) y de una principal (apódosis). En la oración que tratamos, *“las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general”* es la apódosis y “*aunque el*

⁸³ Caffera Gerardo, ob. cit., págs. 2252, 2262 y 2263.

⁸⁴ Real Academia Española, *Nueva gramática de la lengua española*, Manual, Espasa, Madrid, 2010, pág. 897.

obligado pretenda que las ha entendido de otro modo” es la prótasis. En el período condicional, la conjunción “*s*” indica una asociación causa – efecto entre lo establecido en la prótasis y lo que establece la apódosis; esa relación causa – efecto sería la que el artículo consagra de acuerdo al argumento que se desarrolló. Sin embargo, el período de esta oración no es el condicional sino el concesivo, que indica que lo que establece la prótasis encabezada por “*aunque*” no es un impedimento para que se realice lo establecido en la apódosis. Así, el hecho de que el obligado pretenda que ha entendido las palabras de otro modo, no impide que se aplique la regla: las palabras deben entenderse en el sentido que les da el uso general.

De esta manera, el argumento cae ya que la propia construcción indica que el significado es el concesivo y no el condicional, no siendo posible asignarle ese papel específico al artículo.

5.4 El problema de presuponer cuál es el objeto de la interpretación.

Se ha sostenido también, como forma de eludir la interpretación exclusiva del texto cuando éste es claro, que se puede dar la circunstancia de que el texto parezca claro, pero que considerados todos los elementos en conjunto, resulte una ambigüedad en la determinación del significado de la norma privada, y que esa misma ambigüedad que surge de la consideración global de los elementos textuales y extratextuales, incluidos los hechos posteriores de los contratantes, es la que permite aplicar las reglas establecidas en los artículos que condicionan su aplicación a ambigüedad, dando así prioridad a la intención común.

Se puede considerar que este argumento parte de un error, consistente en presuponer que la materia interpretable es la voluntad, la intención común, y no el texto. Como señalamos, es la ley la que indica qué debe interpretarse, no la doctrina. Eliminando este presupuesto, el argumento no se sostiene ya que el artículo 1297 obliga estar al texto cuando éste es claro. Sólo habiendo ambigüedad en el mismo, cabe indagar en la intención de los contratantes.

5.4.1 Argumentos.

A. Imperatividad del 1297.

Si bien las reglas de interpretación son imperativas y si bien la doctrina está generalmente de acuerdo al respecto, advirtiendo de los riesgos que conllevaría la libertad en la interpretación de los contratos, pareciera que en algunos casos tal imperatividad se plantea sólo para las reglas de interpretación consagradas en el artículo 1298 y siguientes, dejando de lado el 1297.

Es conveniente aclarar que el art. 1297 obliga, y no obliga más ni menos que los restantes, sino que contiene una norma jurídica tal como los siguientes artículos, cuya imperatividad no puede ser desconocida. Siendo así debe tenerse en cuenta e interpretarse considerando su armonía con las demás reglas hermenéuticas, tal como indica el art. 20 del Código Civil.

B. El apartamiento de una interpretación literal está condicionado.

En cuanto al lugar que ocupa nuestro artículo 1297 en el marco de interpretación contractual, entendemos que no es posible hacer caso omiso al hecho de que en base a la redacción de esta sección, prima el uso general y en cambio, la intención de las partes aparece sujeta a la condición de ambigüedad.

Este artículo, lejos de negar la posibilidad de interpretar más allá de lo lingüístico, se limita a consagrar la jerarquía de dicha regla.

Es decir, admitir otras posibles reglas interpretativas, no tiene como corolario negar la jerarquía que nuestro codificador asignó a la regla de la literalidad.

Si se observa la redacción de cada una de las disposiciones, es posible notar que el único caso en que se prescinde de un condicionante para su aplicación, es el del 1297.

Visto esto, es posible concluir, al menos en un primer momento, que la regla de principio para la interpretación contractual es la estipulada por el 1297,

debiendo entonces el intérprete desarrollar su tarea, atendiendo al sentido general de las palabras utilizadas en el texto contractual, independientemente de cómo las partes lo hayan entendido.

Esto implica una razón de peso para negar la posibilidad de que el centro de la actividad hermenéutica se encuentre en el 1298, siendo que nos encontramos ante una norma obligatoria de rango legal, que impone al intérprete el primer paso que debe tomar en la actividad interpretativa.

El Código nos está diciendo expresa y claramente que para tomar cualquier otro camino, será preciso que alguna de las condiciones que impone, se cumpla.

Reforzando lo establecido en el artículo 1297 en materia de interpretación contractual, puede hacerse a su vez una analogía con lo planteado en los artículos 17 y 18 en materia de interpretación legal.

El artículo 17 del CC establece que cuando el sentido de la ley es claro, su tenor literal no puede desatenderse como pretexto de consultar su espíritu, y luego continúa diciendo que sí es posible recurrir al espíritu o intención, cuando la expresión de la ley es oscura.

Asimismo, el artículo 18 señala que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido literal y obvio, excepto en aquellos casos previstos especialmente por el legislador.

La estipulación formulada en modo imperativo de recurrir al “*tenor literal*”, “*sentido natural y obvio de las palabras*” y “*uso general*”, para la interpretación tanto de la ley como de los contratos, no puede entenderse como meramente casual.

Cualquier consideración que entendiera en la jerarquía del 1297 un “error” del legislador, perdería peso al constatarse que este es exactamente el mismo camino que se impone en la actividad hermenéutica legal.

Esto no hace más que reforzar la idea de que se trata de una decisión del codificador, y por tanto no de un error, sino por el contrario de una opción en materia de política legislativa. Tanto para el caso legal como contractual, se imponen condicionantes al intérprete para apartarse del criterio literal. Sólo cuando estén dados los extremos señalados por el codificador, podrá éste recurrir a otros métodos de interpretación.

Deberá entonces para el caso de la interpretación contractual, probarse alguna de tales condicionantes consistentes en:

1. Ambigüedad en las palabras (art. 1298)
2. Cláusulas equívocas o ambiguas (arts. 1299, 1302)
3. Cláusulas susceptibles de dos sentidos (art. 1300)
4. Hechos de los contrayentes contrarios al sentido de las palabras según su uso general (art. 1301)
5. Casos dudosos debido a cláusulas ambiguas (art. 1304)

Asimismo, para el caso de la interpretación legal deberá verificarse:

1. Oscuridad de la expresión (art. 17)
2. Definición expresa del legislador distinta del uso general (art. 18)

Queda así de manifiesto, cuáles son las circunstancias frente a las cuales el legislador habilita al intérprete a recurrir a otras reglas interpretativas distintas de la literalidad o uso general de las palabras, esbozándose una primera crítica a cualquier teoría que pretenda negar la jerarquía del 1297.

C. Palabras, cláusulas y términos.

La jerarquía del método literal sostenida contiene dentro de sí la respuesta a cuál es el objeto de la interpretación. Pero la respuesta no surge solamente del artículo 1297 que, al no condicionar su aplicación, se impone como el primer paso del intérprete. La lectura de todos los artículos mencionados nos indica que el objeto de la interpretación no es sino el texto del contrato.

Este primer paso al que nos venimos refiriendo es un método que se aplica sobre *“las palabras”* (1297) y consiste en entenderlas según el uso general. Ésta es una regla suficiente para consagrar al texto como el objeto de la interpretación. Pero si el intérprete de este artículo no quedara satisfecho, se encuentra en los siguientes la confirmación de esta conclusión.

El 1298 condiciona su aplicación a la *“ambigüedad en las palabras”*, el 1299 nos dice que *“las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del escrito”*, el 1300, 1302 y 1304 también nos hablan de *“las cláusulas”*.

Ningún artículo menciona la ambigüedad de la intención. Es evidente que la

tarea del intérprete recae sobre el texto del contrato; es de éste del que se extrae el significado de la norma que crea; es éste el que podrá ser ambiguo o no. Es éste el objeto de la interpretación.

En este punto, corresponde recordar qué se entiende desde esta postura por texto del contrato. Se considera al texto una emisión concreta del lenguaje que se produce en un contexto determinado y de una forma determinada. Así, el objeto de la interpretación es el discurso concreto, no las formas lingüísticas abstractas que el acto de habla creó, sino el texto que fue emitido en determinadas circunstancias, por determinadas personas. Estas circunstancias, que constituyen el contexto de la emisión, son parte de la materia objeto de interpretación ya que se encuentran ligadas de forma inseparable al texto considerado en este sentido, como emisión real del mismo, por lo que deben ser consideradas al desentrañar el sentido del discurso creador de la norma jurídica privada.

D. La falsa oposición entre “uso particular” y “uso general”.

Si partimos de la base de que existen dos posturas sobre cuál es el “centro” de la actividad interpretativa, es porque claramente se entiende que de seguirse uno u otro camino, la tarea del intérprete varía.

De este modo, lo que corresponde analizar, es en qué sentido se modifica la hermenéutica si se prioriza la literalidad, o por el contrario, la común intención de las partes.

Partiendo de esta oposición teórica entre literalidad y común intención, vemos de acuerdo a lo que señalan tanto Mariño como Caffera,⁸⁵ que esto no es más que un reflejo de entender que existe una contraposición entre el “uso general” y el “uso particular” del lenguaje utilizado en un contrato.

Es en base a esto, que quienes han optado por centrar la interpretación en el 1298, lo han hecho justamente teniendo en cuenta que se trata de un contrato. Esto es, si la norma jurídica que surge del contrato es una manifestación de voluntad de partes, por la cual los sujetos se obligan voluntariamente, no habría razón para desechar el sentido que ellos mismos

⁸⁵Caffera Gerardo, ob. cit., págs. 2264 – 2267.

asignaron a las palabras utilizadas. Siendo que el contrato sólo genera de principio, obligaciones para los contratantes, cabría perfectamente priorizar la intención que ellos mismos tuvieron al obligarse.

Podría entonces éste ser a su vez un argumento de rechazo a la asimilación entre la interpretación legal y contractual anteriormente expuesta.

Sin embargo, según señala Caffera, las conclusiones a las que ha llegado la lingüística en la materia nos dan razones para descartar este argumento. Esto se debe a que la decisión de optar por un uso general o un uso particular del lenguaje empleado en un contrato, implica la preexistencia de una razón fundada acerca de la divergencia entre estos usos. Es decir, la discusión sobre cuál es la norma fundamental de interpretación que se basa en el reconocimiento de que una prioriza el uso general de las palabras y otra el uso particular de las mismas, implica dar por hecho que entre tales usos se abre una gran brecha.

Lo que la lingüística enseña es que esto no es así, sino que existe lo que se conoce como "*gramática universal*" que implica la existencia de una facultad lingüística genéticamente determinada, que crea una tendencia natural y uniforme entre diversas personas. Por cuanto queda de manifiesto que diferentes individuos frente a una misma experiencia adquieren competencias lingüísticas similares, dando lugar a la capacidad lingüística de entender y formar nuevas oraciones y locuciones.

Este fenómeno demostrado empíricamente, contrasta con la idea de la divergencia entre uso general y uso particular, sobre la que se funda uno de los argumentos utilizados como eje por la postura mayoritaria.

De este modo, rechazada la mentada divergencia como base de la separación entre el 1297 y 1298, queda en evidencia qué lugar corresponde a estos artículos: La regla será la que establece el 1297 sobre el entendido de que uso general y uso particular coinciden y cuando excepcionalmente exista ambigüedad, se dará cabida al 1298.

Los supuestos que la ley prevé para el apartamiento de la interpretación literal, sin haberse probado la ambigüedad, escapan al campo de la interpretación, pasando a calificarse como integración, actividad que difiere de la que se está analizando.

E. Seguridad contractual entre las partes

Otra razón que justifica la jerarquía del artículo 1297 en materia de interpretación es la necesaria seguridad jurídica que debe imperar en el mundo contractual. Los contratos son la herramienta mediante la cual las personas se autoblignan, regulan sus relaciones con otros individuos y ponen en marcha la economía. Consciente de la necesidad de la seguridad contractual dentro del sistema que respaldó el Código Civil, el legislador decidió proteger el legítimo derecho del destinatario de entender las palabras en el sentido general, lo que brinda seguridad jurídica a la contratación.

Supongamos un escenario en que no rige la regla de que los contratos se deben interpretar según el sentido general de las palabras, sino según otro uso que el particular le haya dado. Si cada vez que una persona fuera a contratar con otra, ésta corriera el riesgo de que la otra parte esté utilizando las palabras en un sentido que no es el que generalmente tienen (riesgo que todos corremos), y además el intérprete tomara ese sentido para definir el significado de la norma jurídica privada, el contrato dejaría de ser un medio seguro para normar (riesgo que se elimina con el artículo 1297).

Entendida en este sentido, el que impone la protección de la confianza del destinatario, la norma no es controvertida, ni siquiera por los sostenedores de la tesis de la intención. Pero esta regla no dice solo esto. La regla establece que las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general. Luego agrega que eso debe ser así aun cuando el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo. Establece la regla y establece que no se hará una excepción a la misma ni siquiera cuando el obligado sostenga que ha dado a las palabras un uso distinto al general y que su intención por lo tanto era distinta a la que reflejan las palabras para la generalidad de las personas. Con esto queremos advertir sobre una incorrecta e injustificada lectura del artículo en la que se lee que sólo cuando el obligado pretenda que ha entendido las palabras de otro modo, las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general. Esto no es lo que dice el artículo; no señala una situación en la que debe optarse por el sentido general de las palabras; prescribe que siempre deben entenderse en

ese sentido, incluso cuando suceda esa situación.

Entendida correctamente la norma, se explica otra razón por la que el legislador ha dado jerarquía a la asignación del significado normal de las palabras sobre la búsqueda de una intención común. No se establece la regla sólo para cuando haya un conflicto entre las partes. Se establece como regla fundamental para la interpretación.

5.5 El contrato más allá de las partes: seguridad contractual en la sociedad.

Tal como se señaló anteriormente, la postura que busca en la común intención de las partes el eje de la interpretación contractual, utiliza como uno de sus argumentos el hecho de que debe priorizarse esta regla por tratarse justamente de un acuerdo de partes, que obliga e interesa básicamente a los contratantes.

Como ya se esbozó, una primera razón de rechazo a esta postura radica en la no divergencia total entre uso particular y uso general de las palabras.

A su vez, otra de las razones que podrían argumentarse contra esta postura recae en la consideración de si realmente el contrato sólo interesa a las partes.

En este sentido, una razón para negar tal afirmación, consiste en entender al contrato más bien como un fenómeno social que como un simple acuerdo de partes.

La existencia actual de una práctica fundada en un creciente nivel de vinculación entre contratos diversos, genera que estos importen a una cantidad de sujetos que se extienden más allá de los contratantes.

De esta forma, si se parte de la idea de que la interpretación contractual debe hacerse en torno al uso particular que las partes asignaron a la^os palabras en el contrato (aún prescindiendo de la ambigüedad), se estaría poniendo en riesgo la seguridad jurídica de otros posibles sujetos interesados.

La interpretación del contrato de acuerdo a su uso general cobra cada vez más relevancia: por un lado, debido a que el contrato cumple un rol social cada vez mayor, que genera la necesidad de que sus términos puedan ser comprendidos por todos los posibles interesados; y por otro lado, porque ha quedado de manifiesto que la divergencia entre el uso particular y el uso

general de las palabras no es tan grande como se pretendía.

Así entendido, no se estaría corriendo un riesgo al asumir una interpretación literal; y por otro, se estaría favoreciendo la adaptación del contrato a la realidad actual, compatibilizando la práctica con la teoría.

Nuestra ley reconoce y protege a través del 1297 la importancia que tiene socialmente el contrato, brindando por medio de la jerarquía de la interpretación literal una seguridad jurídica que sería negada en caso de priorizar otros criterios.

Esta seguridad jurídica que garantiza tanto a las partes como a todos los demás posibles interesados, encuentra también su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad consagrado por nuestro Código. La autonomía contractual habilita a los sujetos a obligarse de acuerdo a su voluntad, salvo en aquellos casos en que específicamente la ley los restringe. De este modo, la sociedad conoce, sabe, hasta donde el legislador les reconoce esta libertad.

Priorizar el 1298 por encima del 1297, sería ir en contra de este principio, que es reconocido a lo largo de toda la legislación civil.

La determinación de la común intención de las partes como norma fundamental de interpretación puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad al momento de la contratación, y como consecuencia, contra la seguridad jurídica (de las partes y terceros), habilitando al intérprete a intervenir en los contratos, corriéndose el riesgo de la arbitrariedad. Desplazar el uso general de las palabras implica dejar en una completa incertidumbre a personas, que si bien son terceras en el contrato, tienen un interés en el mismo, debido a su carácter social.

5.6 El objeto de la interpretación es un punto de llegada.

Si bien es natural pretender determinar el objeto de la interpretación previo a establecer el método para la obtención de dicho resultado, es preciso atender al hecho de que el mismo se nos presenta no como un punto de partida, sino como uno de llegada. Es que ante la tentación de querer delimitarlo previamente, al analizar cuáles son las distintas tesis que sobre

interpretación del contrato se han planteado, nos encontramos con la dificultad de la tarea. En definitiva, determinar cuál es el objeto de la interpretación es optar por un método u otro, y para esto previamente debemos, atendiendo a su imperatividad, interpretar las normas del Código Civil en materia de interpretación. El primer paso hacia una delimitación de lo que debe interpretarse en la interpretación del contrato, es dar un significado concreto a los que el Código nos dice sobre la tarea interpretativa y por eso la determinación del objeto de la interpretación se nos presenta más bien como un punto de llegada. En base a lo que entendamos sobre esas normas legales es que podremos decir cuál es el objeto y no es sino allí donde vamos a encontrar la respuesta. El legislador nos dice “*qué, cómo y con qué*”. De ahí que no pueda sostenerse como verdadero o falso el significado que resulta de la tarea de interpretación, sino directamente conforme o no al criterio establecido por el legislador.

El problema del objeto de la interpretación se puede llegar a ver como un círculo vicioso en que no hay un punto de partida ni uno de llegada. Si se entiende que el objeto es la común intención se concluye que el 1298 prima en materia de interpretación; si se entiende que el 1298 prima, se concluye que el objeto es la común intención. De la misma forma podemos caer en el círculo vicioso del 1297 y el texto como objeto.

Sin embargo, este círculo vicioso es solo aparente, ya que surge de un error. El error consiste justamente en partir de definir al objeto antes que a la actividad del intérprete, la que sólo puede entenderse a partir de la lectura del Código. Si se parte de que el objeto es la común intención, necesariamente se verá al 1298 como la norma fundamental, y se entenderá a todos los artículos en armonía con esa regla.

La clave hacia una interpretación jurídica está en considerar al objeto como punto de llegada. Si partimos del análisis de los artículos, absteniéndonos de incorporar preconceptos, encontraremos en ellos la definición que el legislador realiza del objeto.

El aparente círculo vicioso se rompe cuando queda de manifiesto que su formación deriva de una noción previa de cuál “*debería*” ser el objeto. Se comienza a confundir lo que se cree que debería ser con lo que es, conjugando los artículos de acuerdo al querer del intérprete.

Si bien se reconoce la dificultad de deslindarse de todo tipo de subjetividad, creemos que la interpretación jurídica del contrato impone un esfuerzo por abstraerse de ella.

Y es ésta la interpretación *jurídica* del contrato, la que utiliza el método consagrado por el legislador, y la que al surgir de la ley es la que mejor contempla los principios contractuales que el legislador ha priorizado, la que toma a su objeto como punto de llegada.

6. INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO BANDES – SURCOS CONFORME A LA TESIS MINORITARIA

La postura minoritaria sostiene que lo que establece el Código Civil es la prioridad del análisis de las palabras según el uso general de las mismas al interpretar el contrato. Sólo en caso de ambigüedad de las palabras, de las cláusulas o del texto, es que corresponde indagar en la intención común y priorizarla si difiere del texto, recurriendo incluso a los hechos posteriores al contrato que permitan revelar esa intención.

En el análisis de los contratos que realiza la sentencia no se plantea en ningún momento la ambigüedad de las cláusulas, único elemento que permitiría realizar una interpretación sistemática en aplicación de los artículos 1298 y siguientes del Código Civil. Por esto es que cabe analizar cuáles eran las obligaciones pactadas en base a las palabras de los contratos que vinculaban a las partes, sin perjuicio de un posterior análisis de las obligaciones en base a la integración del contrato.

6.1 Contrato de línea de crédito con cesión de créditos en garantía

“La línea de crédito puede ser cancelada o disminuida en cuanto al monto en cualquier momento por BANDES URUGUAY sin expresión de causa y sin que tal decisión genere derechos a indemnización de daños y perjuicios”⁸⁶.

Se pacta que el contrato se puede rescindir sin preaviso y sin expresión de causa, siendo tal rescisión entonces acorde a las obligaciones asumidas.

⁸⁶ Cláusula contractual obtenida del caso a estudio.

6.2 Contrato de descuento pactado en el contexto del contrato de línea de crédito anterior

Se pacta que se descontará hasta un 80% de las facturas que se ceden en función del contrato de cesión de créditos en garantía. *“BANDES URUGUAY se reserva el derecho a disponer en cada caso, la oportunidad en que se efectuarán los desembolsos, atendiendo al cumplimiento de la deudora en materia de garantía e información, documentación, y capacidad de repago requeridas”.*

Es decir que se pacta el descuento de hasta el 80% de las facturas según la situación financiera del cliente y capacidad de repago que pueda acreditar.

6.3 Contrato de apertura de cuenta corriente.

Los Surcos deberá por este contrato *“proveer de fondos a la cuenta, en cantidad suficiente para atender puntualmente todos los pagos que deba efectuarse contra la misma. De no mediar previa autorización expresa y por escrito de COFAC, no se podrán girar cheques ni emitir órdenes de pago contra la cuenta en descubierto, y si se hace, COFAC no las pagará”*, es decir, que no se autoriza a LOS SURCOS a girar en descubierto.

No debe olvidarse, que el principio que establece el Código Civil en materia de obligaciones es el de libertad. Lo normal es estar desobligado y es el Código Civil el que se encarga de enumerar las fuentes de las obligaciones en el artículo 1246, es decir, los hechos que dan origen a obligaciones. Estos son: los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y otros hechos que establezca la ley. Los particulares se obligan voluntariamente a través del contrato; la libertad de autobligarse se ejercita a través del mismo. Generar una expectativa o ayudar al otro no son fuentes de obligaciones, así como tampoco son ejercicio de la libertad de autobligarse, que se concretiza en la libertad contractual.

CONCLUSIONES DEL PRESENTE CAPÍTULO

Determinar el contenido de las normas privadas que se crean a través de contratos es una tarea imprescindible y de enorme trascendencia, ya que permite saber si las conductas de las partes se han adecuado a las obligaciones nacidas con el contrato. Respecto al caso que se ha estudiado, la Suprema Corte de Justicia entendió, confirmando el fallo de primera instancia, que BANDES había incurrido en incumplimiento de las obligaciones de que era titular de acuerdo a los contratos que lo vinculaban con LOS SURCOS.

La cuestión de la *correcta interpretación* de los contratos se menciona como un factor relevante en la determinación del incumplimiento de la demandada, por lo que abordamos el caso desde esta perspectiva. Propusimos así un enfoque formal, con el objetivo de estudiar qué prescriben las reglas de interpretación y aplicar el método legal al caso.

Ante la constatación de la falta de consenso respecto al método interpretativo consagrado por el legislador, se estudiaron las dos tesis proponiéndose argumentaciones a favor de cada una de ellas.

Respecto a la tesis minoritaria, que aboga por la primacía de la norma contenida en el artículo 1297, entendiendo que la ley establece al texto del contrato como objeto de la interpretación, el estudio realizado muestra que su aplicación al caso no fue planteada. En ningún punto se sostuvo la ambigüedad del texto como habilitante para recurrir a la indagación de la común intención, sino que se proclamó la voluntad de las partes como objeto de la interpretación independientemente de la claridad del texto.

El método que se propuso aplicar entonces fue el que la tesis mayoritaria pregona, basado en la consideración del artículo 1298 como eje de la teoría, estableciendo las obligaciones de las partes a partir de una interpretación de la intención común de las mismas, recurriendo principalmente a los hechos posteriores al contrato como reveladores de ésta. Sin embargo, no se logró demostrar la existencia de elementos que mostraran de forma incontrastable una voluntad distinta de la que surge de los escritos, especialmente si se tiene en cuenta que el texto de los acuerdos es un elemento de importancia al momento de conocer la intención que tuvieron las partes al contratar. Del análisis de los contratos resulta que BANDES actuó

dentro de sus facultades y cumpliendo con sus obligaciones, no siendo posible establecer la falta de cumplimiento a partir de la interpretación de los contratos, ya sea utilizando el método de la tesis mayoritaria como de la tesis minoritaria. Por esto, si bien en las sentencias de primera instancia y de casación se reitera la referencia a la “*verdadera intención de las partes*” y a la correcta interpretación de los contratos, es posible entender que el caso no se resolvió de acuerdo a la dogmática de la interpretación de los contratos, lo que implica que el camino queda abierto a otras aproximaciones.

El análisis realizado evidencia la importancia que las reglas de interpretación de los contratos tienen dentro del sistema jurídico. Ya sea que se las entienda de una forma u otra, las distintas lecturas, conscientes de esa relevancia, buscan el camino que consideran que mejor contempla la necesaria seguridad jurídica y el respeto al poder normativo negocial que el mismo ordenamiento atribuye a las personas.

III

ENFOQUE CONSECUCIONAL

¿LOS JUECES PUEDEN APLICAR POLÍTICAS PÚBLICAS? UN ANÁLISIS POLÍTICO DE LOS EFECTOS DE LA OPERACIÓN ECONÓMICA

Introducción

El fallo de la Suprema Corte que pone broche final al litigio entre Bandes y Surcos es altamente polémico. El máximo órgano del sistema judicial de nuestro país se aparta de la estricta técnica interpretativa exegética a la hora de interpretar un conjunto de contratos. Le adjudica a las partes obligaciones que no se desprenden directamente de la letra del contrato.

La introducción de imperativos de cooperación en las relaciones contractuales entre agentes económicos va a contramano de la concepción liberal de la economía: los agentes económicos en vez de competir entre ellos deben cooperar unos con otros. La solidaridad contractual se posiciona como un nuevo paradigma sobre el cual articular el instrumento contractual (génesis y ejecución) y la actividad económica. Niega que el contrato sea una defensa de intereses egoístas de las partes y entiende que el mismo puede ser una herramienta de cooperación entre las partes sin que por ello sus intereses individuales se vean disueltos.

La solidaridad contractual se posiciona así, como la adecuación o armonización de la teoría contractual con el andamiaje de los derechos fundamentales (o humanos). Lo dicho basta para detectar un problema: ¿podemos fundamentar la solidaridad entre agentes económicos desde el discurso de los derechos fundamentales? Responder afirmativamente significaría sacrificar la base antropológica de los derechos humanos. Debemos encontrar otra fuente de legitimación para este cambio de paradigma a nivel de agentes económicos.

La única suficientemente sólida es la siguiente: la solidaridad contractual entre agentes económicos colectivos (en nuestro caso Los Surcos-Bandes) se fundamenta en la relación Economía-Estado. La economía ya no es un tabú para la acción política sino al contrario, es su principal campo de actividad. Por

ende la solidaridad contractual es a la economía de un Estado intervencionista, lo que la autonomía privada de la voluntad era para la economía liberal. La solidaridad contractual solo se explica dentro de un sistema jurídico intervencionista. Es una decisión exclusivamente política.

Todo lo dicho nos lleva a la interrogante central: *¿acaso la aplicación de la solidaridad contractual puede significar la implementación de políticas públicas a través de una interpretación integrativa de los contratos?* Responder esta interrogante llevará toda la extensión de este artículo, pero podemos aventurar una respuesta afirmativa. Debido a que la solidaridad contractual entre individuos tiene asidero normativo en algunas áreas específicas (consumo, trabajo) y su fundamento es exclusivamente ético mas no económico (o al menos no principalmente), no existe una política coherente o totalizadora en materia contractual que abarque por igual a personas físicas y personas jurídicas. Desde esta ausencia, la aplicación de la solidaridad contractual a agentes exclusivamente económicos es una poderosa arma en manos de los tribunales, que le permite implementar políticas macro-económicas con efectos reducidos debido a las potestades del aparato judicial, aunque con gran potencial si logra consolidarse como jurisprudencia mayoritaria

1. ¿Qué son las políticas públicas?

Las políticas públicas son, según Pierre Muller, *“procesos de mediación social que toman a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otros sectores, o aun entre un sector y la sociedad global”*⁸⁷. No toda mediación social es política pública debido a que éstas deben nacer dentro de un sistema político. La razón de esta condición recae en que el objetivo de las políticas públicas es solucionar aquellos problemas que los involucrados no pueden o no quieren solucionar de manera autónoma.

Para que el fruto de la mediación tenga efectos (en nuestro caso tomar los desajustes generados y solucionar los problemas colectivos) los mediados deben reconocer en el mediador a una autoridad legítima y ajustar su conducta a lo decidido por ésta. Si aceptamos la premisa de que una política pública

⁸⁷ Muller, Pierre, *“Las políticas públicas”*, Universidad Externado de Colombia, 1ª Ed., Bogotá, 2002, pág. 48

puede tomar los desajustes generados entre un sector particular y toda la sociedad, es lógico concluir que la autoridad que medie entre ambos grupos debe ser percibida como legítima por toda la sociedad, y por lo tanto pertenecer a una élite encargada de solucionar problemas generales. En las sociedades contemporáneas el único agente político que puede ser percibido como legítimo por toda la sociedad es el Estado y desde él debemos pensar y criticar las políticas públicas.

El Estado Moderno se consolida cuando disuelve la forma estamentaria de poder político. En esta forma típicamente medieval, “*los grupos políticos eran defendidos, dominados y administrado por personas a las que les pertenecían, en su mayor parte como propiedad, los medios administrativos (...)*”⁸⁸. Justamente el Estado moderno comienza a gestarse cuando esos “*medios reales de autoridad y administración (...) se convierten en propiedad pública*”⁸⁹.

Los sectores mediados por la política pública pueden poseer sistemas internos de solución de problemas, aunque ellos nunca podrán ser sistemas políticos, ni tampoco generar políticas públicas, puesto que sus decisiones no son legítimas más allá de los límites del sector. En cambio, el Estado como tal tiende a mediar entre todos los colectivos e individuos que forman la sociedad a través de aquello que Easton denominó “*asignación autoritativa de valores*”⁹⁰
⁹¹.

Esta asignación tiene dos aspectos: uno sustancial y otro formal. El sustancial viene dado por la distribución de elementos valorados entre personas y grupos (sean físicos o abstractos) siguiendo ciertos procedimientos⁹². El formal aparece cuando las personas que son el objeto de la asignación se encuentran obligadas por ella⁹³. La autoridad legítima viene a unir estos dos aspectos puesto que puede distribuir bienes valiosos porque tiene legitimidad y su distribución es obligatoria por su carácter legítimo. Al

⁸⁸ Heller, Hermann, “*Teoría del Estado*”, Fondo de Cultura Económica, 6ª ed., 1967, pág. 145.

⁸⁹ Hermann Heller, ob. cit., pág. 146.

⁹⁰ Easton, ob., cit., p. 79.

⁹¹ Es necesario reconocer que Easton no definió su concepto de asignación autoritativa en términos de *legitimidad*. Para él esta variable era significativa (Easton, pág. 80) mas no lo suficientemente relevante como para incorporarla en la definición. Desde nuestro punto de vista es un elemento fundamental puesto que al remarcar la necesidad de legitimidad apelamos a los criterios compartidos intersubjetivamente en un momento determinado.

⁹² Easton, ob. cit., pág. 79.

⁹³ Easton, ob. cit., pág. 80.

introducir la noción de autoridad podemos afirmar que existe política pública cuando *una autoridad política local o nacional intenta, a través de un programa de acción coordinado, modificar el ámbito cultural, social o económico de actores sociales, considerados en general dentro de una lógica sectorial*⁹⁴.

La política pública puede ser consecuencia de al menos dos fenómenos: por un lado de la introducción de un acto válido que obliga a la autoridad competente a generar políticas públicas y por otro del proyecto político de las autoridades gubernamentales de turno. En otras palabras tenemos “*políticas públicas*” *dependientes* de actos anteriores que pongan en conocimiento de la autoridad los desajustes colectivos y la obliguen a actuar, y “*políticas públicas autónomas*” que responden a un plan de gestión y administración del espacio público respaldado por ciertas prácticas compartidas intersubjetivamente.

Llamaremos estado liberal a aquel en el que predominan las políticas públicas dependientes, y estado intervencionista a aquel que actúa mayoritariamente a través de políticas públicas autónomas. Si bien lo tajante de este criterio es cuestionable, nos permite poner en perspectiva el campo de batalla discursivo sobre el cual se desplegarán los razonamientos subsiguientes.

Sabemos la importancia de la autoridad legítima a la hora de generar y hacer efectivas políticas públicas. Resta saber entonces quienes pueden aplicar políticas públicas, en otras palabras quienes son los que pueden realizar asignaciones autoritativas y si los jueces pueden arrogarse tales competencias.

2. ¿Por qué los jueces no pueden hacer políticas públicas?

⁹⁴ Muller, Pierre, ob. cit., pág. 50.

2.1 La aptitud regulatoria de los Tribunales. La jurisdicción como mediación.

La concepción tradicional de jurisdicción

La jurisdicción es entendida por el positivismo clásico como un “*decir imparcialmente el derecho en una situación controvertida o de conflicto*”⁹⁵. Este concepto supone que los sujetos tendrán pretensiones excluyentes relativas a un objeto determinado, y la jurisdicción tendrá la función de “*instrumento legal de averiguación o determinación de hecho controvertidos, connotados por el dato de ser jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos conforme a derecho*”⁹⁶.

Esta definición posee algunos defectos relevantes. Primeramente supone que existe un derecho previo y predeterminado susceptible de ser dicho. Como veremos más adelante, a través de los aportes de Kennedy llegaremos a la conclusión de que la actividad judicial dista mucho de ser una mera formulación o verbalización del derecho. En segundo lugar le resta importancia al conflicto sobre el que se basa la decisión judicial. Nuevamente, la definición positivista de jurisdicción presupone un punto: la mera verbalización de una solución preexiste contenida en normas de superior jerarquía puede solucionar el conflicto. Carece, por lo tanto, de una consideración profunda del elemento teleológico de toda decisión judicial.

La razón de ser de un fallo es crear un orden legítimo ente las partes, es decir una “*orientación de hecho por aquellas máximas que tiene lugar porque en algún grado significativo aparecen válidas para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta*”⁹⁷. En otras palabras debe generar consenso y para lograrlo el Tribunal no debe únicamente decir el derecho, sino decirlo de tal manera que solucione el conflicto actual y evite la aparición de nuevos conflictos entorno al mismo punto en un futuro. El Juez debe mediar en forma eficaz y la eficacia del fallo, hasta que pase a autoridad de cosa juzgada, es proporcional a la eficacia de la argumentación. Lo dicho justifica la razón de ser de los recursos contra las sentencias, puesto que una sentencia recurrida

⁹⁵ Ibáñez, Perfecto, “*La Argumentación probatoria y su expresión en la sentencia*”, en “*Jueces y Ponderación Argumentativa*”, 1ª ed., UNAM, 2006, pág. 19.

⁹⁶ Ibáñez, Perfecto, ob. cit., pág. 19.

⁹⁷ Weber, Max, “*Economía y Sociedad*”, Fondo de Cultura Económica, 2ª Ed., 1964, pág. 25.

es aquella que no ha generado el consenso necesario: es un acto comunicativo incompleto.

2.1.1 Una reformulación del concepto de jurisdicción.

A diferencia de lo que sucede con las demás normas jurídicas, los fallos jurisdiccionales deben estar no sólo fundamentados jurídicamente sino también argumentados válidamente. Podemos concebir la existencia de una ley que no posea una exposición de motivos, es decir un arsenal de argumentos que tengan como finalidad lograr convencer a los interlocutores, simplemente porque la ley no tiene por qué dialogar con los ciudadanos; no es un acto comunicativo. El fallo debe ir un paso más allá de la racionalidad legal y poseer una racionalidad también material. Una ley puede ser objetada formalmente desde su inadecuación a las normas de superior rango, y esta inadecuación puede ser a su vez procedimental o material (si por ejemplo una ley viola algún derecho constitucionalmente consagrado, o regula materias ajenas a su competencia), pero el sistema de impugnaciones de las decisiones judiciales tiene justamente como idea rectora la posibilidad de que una decisión judicial no sea válida únicamente por la falta de adecuación con respecto a normas de superior jerarquía, sino también por la carencia o falta de calidad en sus argumentos.

Lo dicho nos permite reformular la noción de jurisdicción, entendiéndola ahora como la *mediación entre las partes de un conflicto dado a través de un acto comunicativo racionalmente justificado, tanto formal como materialmente*. Esta reformulación la acerca al concepto de política pública adoptado más arriba, aunque solo en su aspecto formal. Un fallo concebido como una mera solución para un conflicto entre particulares no configura una política pública justamente por carecer de generalidad. Esta carencia se traduce, al menos, en un doble aspecto: primero los sujetos, o bien son individuos concretos, singularidades que procuran satisfacer sus propios intereses, o si bien pueden ser un pluralidad (cuando a una parte la compone un grupo de individuos), pero la misma no puede ser tomada como un sector de la sociedad, ya sea por su número o por la escasa trascendencia de sus intereses.

Lo dicho nos conduce a una conclusión interesante: el Estado soluciona los conflictos entre los miembros que componen la sociedad civil, al menos a través de dos formas puras: el fallo jurisdiccional y la política pública. El primero soluciona los conflictos entre los agentes, siempre y cuando previamente haya ingresado al sistema un acto de permiso válido (demanda), y la segunda regula las relaciones entre sectores de una sociedad independientemente de la existencia de un acto previo. Va de suyo que el sistema judicial puede y debe solucionar los conflictos, mas resta reflexionar sobre la posibilidad de que el Poder Judicial, a través de sus Tribunales, cumpla las funciones de regulación reservadas formalmente a los poderes Legislativo y Ejecutivo.

2.2 La distribución de la potestad regulativa.

2.2.1 La relación Estado-sociedad civil.

La posibilidad de imputar funciones regulatorias a los Tribunales depende de la configuración de la relación Estado-sociedad civil. Si las riendas del destino de los asuntos colectivos están ubicadas únicamente en la sociedad civil, la única forma de interacción que dispondrá el Estado será la de solución de conflictos particulares a través de un “*acto de permiso*” emanado de algún miembro de la sociedad civil. El Estado no podrá conocer de oficio conflictos o situaciones que se den en el ámbito de la sociedad.

Por el contrario, si distribuimos la potestad de modificar el espacio público entre el Estado y la sociedad civil, aumentaremos las formas de interacción, agregando a la relación de solución, una mucho más incisiva, la de regulación que es propia de un Estado de Bienestar o Intervencionista.

Tomemos un ejemplo paradigmático: el sistema económico. El asunto entonces puede ser disuelto por aquí, optando por una de las tres soluciones siguientes:

a) La economía es un asunto puramente privado y el Estado solamente soluciona conflictos entre los agentes económicos, siempre y cuando éstos acudan a aquél a través de un acto de permiso.

b) La economía es un asunto público y privado. El Estado soluciona y regula, y la regulación se realizará únicamente a través de los órganos del Poder Ejecutivo y Legislativo, otorgándole al Poder Judicial la *solución* de conflictos particulares.

c) El Estado soluciona y regula. La regulación estará a cargo de los tres poderes estatales, acumulando el Poder Judicial la función de solución y de regulación. En este último punto es donde se estructura la perspectiva del fallo como “*política pública*”.

Teóricamente es posible concebir un fallo judicial que eleve su mirada un poco más allá de las murallas construidas por las partes y que analice e integre consideraciones más generales, introduciendo principios y razonamientos interdisciplinarios con la finalidad de reforzar el poder comunicativo de la solución, sin por ello perder la tan mentada imparcialidad.

2.2.2 El fallo-política pública.

Un fallo concebido como respuesta a un conflicto inter-individual pasa a ser un fallo-política pública cuando el Tribunal, en el proceso volitivo, incorpora lo que Rawls denomina principios de justicia social. Según el mencionado autor, éstos proporcionan un modo para “*asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social*”⁹⁸.

Esta clase de fallo integra consideraciones de índole general y meta-procesales (en tanto que son ajenas al objeto del proceso) y las concilia con el reclamo privado de las partes. El fallo es el producto de una amalgama, conciliación o balance entre los intereses públicos y privados. Claro está que en un fallo entendido como vehículo de una política pública debe primar el interés privado, eso es indudable (puesto que no deja de ser una norma destinada a generar un consenso entre particulares), pero el Tribunal cuando estime pertinente o posible, forzará la integración de lo que Dworkin denominó directrices políticas, esto es, un “... *tipo de estándar que propone un objetivo*

⁹⁸ Rawls, John, “*Teoría de la Justicia*”, Fondo de Cultura Económica, 2006, pág. 18.

*que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejor en algún rasgo económico, político o social de la comunidad...*⁹⁹.

Si bien es cierto que el Tribunal no puede tener ningún interés directo o personal sobre el objeto del proceso (de lo contrario afectaría la imparcialidad de su decisión), ello no impide que tenga un sentido o una conciencia sobre los efectos políticos y económicos de su decisión sobre sujetos o entidades que no han participado directamente en el proceso, y calibrar desde esa visión la magnitud o alcance de su fallo. La existencia de esta consideración y su integración al proceso de formación de la voluntad del Tribunal altera el carácter exclusivamente privado de la decisión pero no lo elimina.

No obstante, la aplicación de *principios de justicia social* tiene un alcance limitado: es plausible su integración únicamente en conflictos entre miembros de la comunidad, es decir, entre personas físicas. Si aceptamos este punto, nos encontramos ante la compleja pregunta: ¿es acaso posible que los tribunales puedan distribuir los beneficios y cargas de la cooperación social cuando se trata de agentes económicos?

Entiendo que es posible, pero los criterios rectores dejan de ser morales o jurídicos para pasar a ser puramente políticos. La posibilidad de aplicación de políticas públicas entre agentes económicos dependerá de la concepción económico-política de la mayoría de los miembros del Tribunal o del Juez en particular, y no de la integración de principios de justicia social.

2.3 Aplicación mecánica y aplicación discrecional de las normas.

La medida en esta óptica es fundamental. Si bien es plausible, y muchas veces necesario, que los jueces integren los intereses de la comunidad política en sus fallos, esta práctica debe tener sus límites, un punto de equilibrio¹⁰⁰. La pregunta incisiva que plantea Dworkin es el quid de todo este problema: *¿es compatible el papel que le cabe al bienestar social en la determinación de procedimiento civil con nuestra creencia de que si el demandante o el acusado tienen el derecho legal a ganar, debe ganar, aunque eso signifique un perjuicio*

⁹⁹ Dworkin Ronald, *“Los derechos en serio”*, Ariel, 2010, pág. 72.

¹⁰⁰ Dworkin Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Siglo XXI, 2012, p. 104.

*para la ciudadanía?*¹⁰¹ Si bien Dworkin limita esta problemática a los casos difíciles, podemos partir de otro punto. Un caso puede ser difícil y su resolución puede no afectar o afectar mínimamente ciertos intereses colectivos, en cambio, uno fácil puede incidir considerablemente en el funcionamiento de la sociedad civil en su conjunto. La determinación de aplicar una hermenéutica política al caso concreto dependerá de las inclinaciones ideológicas del juez particular, así como de la potencialidad perturbadora que puede contener la solución de un litigio particular, independientemente de su dificultad o facilidad. Solamente podemos concebir una injerencia política de los jueces cuando ellos se manejan dentro de una *zona de penumbra*, es decir cuando sus fallos pueden ser válidos aun cuando se aparten de las limitaciones inherentes a la argumentación normativista. En otras palabras, cuando los jueces, a través de recursos interpretativos quitan a la proposición normativa de la *zona de certeza* y la posicionan como un enunciado vago e indeterminado y por ende, susceptible de soportar una multiplicidad de interpretaciones.

La mencionada multiplicidad parece no darse en aquello que Hart denominó *casos claros* debido a que *parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático", son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contexto semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.*¹⁰² Los *casos difíciles* se caracterizan por carecer de esa automaticidad al momento de resolverlos, colocándose en la *zona de penumbra* y explotando la textura abierta que es producto de la *falta de certeza en la zona marginal* del lenguaje humano¹⁰³.

Esa "*zona marginal*" les permite a los jueces elegir estratégicamente, decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídico¹⁰⁴ condicionado por sus preferencias ideológicas, esto es, una tendencia a elegir normas jurídicas asociadas¹⁰⁵ con la ideología adoptada. Esa elección estratégica trasciende los elementos inicialmente normativos para abarcar elementos meta-jurídicos (los consensos secundarios) con la finalidad de

¹⁰¹ Dworkin, Ronald, ob. cit., pág. 105.

¹⁰² Hart, H.L.A., "El concepto de derecho", Abeledo-Perrot, 1963, pág. 158.

¹⁰³ Hart, ob. cit., págs.159-160.

¹⁰⁴ Kennedy, Duncan, "*Izquierda y Derecho*", 1ª ed., Siglo XXI, 2010, pág. 31.

¹⁰⁵ Kennedy Duncan, ob. cit., pág. 34.

transformarlos en materiales jurídicos. La actividad creativa de los jueces, enseña Kennedy, reformula alguna parte de la estructura normativa que la enmarca, para luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos tendientes a justificar sus soluciones¹⁰⁶.

Precisemos este punto. Toda norma jurídica es genéticamente política y muchas de ellas son vehículos de aplicación de políticas públicas delineadas por los órganos ejecutivos o legislativos del Estado. Si el juez competente entiende que es ideológicamente positiva la aplicación mecánica de la norma, la interpretará y expondrá dentro de la zona de certeza. En cambio, si la ideología del juez en cuestión es contraria al contenido político que reporta la aplicación mecánica de la norma, intentará desestabilizar el núcleo de certeza y colocar el enunciado normativo fuera de ésta.

3. La operación económica y su incidencia en los contratos.

A nivel contractual existe una herramienta interpretativa que ayuda a los jueces ideológicamente contrarios a la aplicación mecánica del texto del contrato, a colocar la norma fuera del zona de certeza y poder aplicar criterios ideológicos a la hora de resolver el conflicto. Esta herramienta es la *operación económica*. Para comprender los efectos de este instrumento es necesario precisar, previamente, el enfoque tradicional sobre el contrato.

3.1 El contrato como estructura.

3.1.1 *La clausura material.*

El contrato tradicionalmente se diseñó para establecer ciertas condiciones de circulación de bienes que permitan diseñar un “*cálculo económico eficaz*”¹⁰⁷. Estas condiciones no se gestan si el contrato no

¹⁰⁶ Kennedy, Duncan, ob. cit., p. 29.

¹⁰⁷ En este sentido Von Mises entiende que por medio del cálculo económico “*lo que fundamentalmente se pretende no es ponderar situaciones y precios de mercado de escasa o ninguna variabilidad, sino abordar el cambio y la mutación*”. (Von Mises, “*La acción humana*”, pág. 329)

desplegara ciertos efectos disciplinarios sobre las partes. A través de la certeza actual de cumplimiento (o al menos de una certeza potencial asegurada por la posibilidad de ejecución forzosa de la prestación) los agentes económicos pueden prever sus movimientos patrimoniales y trazar estrategias a futuro.

Para generar ese efecto de previsibilidad, el contrato cristaliza un consenso entre ciertos agentes en un momento determinado bajo el cual estos deberán actuar. Ahora bien, ¿qué es lo que mantiene ese contrato pretérito vigente en el presente? ¿Cuál es la razón de su poder disciplinario? Quizás la razón sea más económica que jurídica. Weber otorga una respuesta al decir que la economía moderna “descansa sobre probabilidades obtenidas por contratos”¹⁰⁸.

Para que el contrato despliegue sus efectos disciplinarios y económicos, la certeza otorgada por esa probabilidad sólo puede ser puesta en duda ante la comprobación de un vicio de forma o de consentimiento. El sistema jurídico toma al contrato como una estructura, es decir una unidad organizada y cerrada. Es un acto único que debe ser interpretado como tal y desde esa unidad, las autoridades competentes deben evaluar si permanece o es expulsado del sistema normativo.

El centro de la estructura contractual es la autonomía de la voluntad de los agentes involucrados en el negocio, operando como una especie de “*clausura material*”¹⁰⁹. A través de ella se cierra (de ahí la clausura) el contrato a cualquier intento valorativo sobre las condiciones fácticas que le dieron origen o las que actualmente lo rigen. Prohíbe, entonces, en dos direcciones: impide el diálogo contrato-mundo e impide la integración de nuevas obligaciones nacidas por variaciones de contextos o desequilibrios de poder entre las partes. Esto logra que los Tribunales interpreten el texto contractual (o la estructura) dejando de lado las desigualdades materiales entre los contratantes. Prohíbe que el contrato sea impugnado por cualquiera de las partes alegando inconveniencia, injusticia o algún argumento análogo¹¹⁰. Una vez que el

¹⁰⁸ Weber, Max, “*Economía y Sociedad*”, ob. cit., pág. 272.

¹⁰⁹ La materialidad aquí es entendida por oposición a la *clausura formal*. La clausura formal puede ser vulnerada cuando se constaten vicios de forma o de consentimiento, mientras que la material tiende a *proteger* el contenido del contrato de las injerencias de las autoridades públicas, impidiendo que sea cuestionado por éstas.

¹¹⁰ No olvidemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, la lesión, por sí sola, no vicia el contrato.

contrato se transforma en ley entre las partes debe cumplirse en su totalidad, aun cuando sea percibido como inconveniente o injusto.

La clausura mantiene su posición de centro gracias a una fuerza centrípeta denominada *imperativo reactivo* consistente en que “ningún debate legal es aceptable si exige que el jurista cuestione la legitimidad de los acuerdos sociales, económicos y militares generados por la mano invisible”¹¹¹. Desplaza el foco de atención del tribunal: éste no puede preocuparse por la justicia o injusticia del acuerdo, *la única cosa que merece que se hable de ella es el problema particular creado por las acciones de personas concretas en un tiempo concreto*¹¹². El problema particular se reduce a la existencia o inexistencia de un apartamiento de las normas institucionales. Lo dicho es suficiente para concluir que, operando la clausura material, los Tribunales no podrán desplegar esas actividades de mediación propias de las políticas públicas.

3.1.2 Una hermenéutica política de los contratos.

Ahora bien, para que una hermenéutica política de los contratos sea viable es necesario atribuir además de una función económica, una función social al contrato, a fin de “*impedir el constante sofocamiento de una de las partes de la relación negocial*”¹¹³. La solidaridad contractual se posiciona como un nuevo paradigma sobre el cual articular el contrato (tanto en su génesis como en su ejecución) y la actividad económica, viniendo a representar una crítica frontal e incisiva a su formulación liberal. Niega que el contrato sea una defensa de intereses egoístas de las partes (como lo entiende la tradición liberal a través de la autonomía privada de la voluntad), y entiende que el mismo puede ser una herramienta de cooperación entre las partes sin que por ello sus intereses individuales se vean disueltos. Se posiciona como la adecuación o armonización de la teoría contractual con el andamiaje de los derechos fundamentales (o humanos).

¹¹¹ Ackerman, Bruce, “*Del realismo al constructivismo jurídico*”, Ariel, 1ª Ed., 1988 pág. 44.

¹¹² Ackerman, Bruce, ob. Cit., pág. 46

¹¹³ Benítez Carosi Juan, “*Solidaridad Contractual*”, Ubijus, 2013, pág. 27.

Lo dicho basta para detectar un problema: *¿podemos fundamentar la solidaridad entre agentes económicos colectivos desde el discurso de los derechos fundamentales?* Responder afirmativamente significaría sacrificar la base antropológica de éstos, ya que solo los individuos, en tanto tales, poseen la titularidad de derechos humanos. Debemos encontrar otra fuente de legitimación para este cambio de paradigma a nivel de agentes económicos colectivos. La única suficientemente sólida es la siguiente: la solidaridad contractual entre estos agentes (en nuestro caso Surco-Bandes) se fundamenta en la relación economía-Estado. El Estado Intervencionista ya no ve a la economía como un asunto privado, negando pues la quintaesencia de la economía liberal. La economía ya no es un tabú para la acción política, sino al contrario, es su principal campo de actividad. Por ende la solidaridad contractual es a la economía de un Estado intervencionista, lo que la autonomía privada de la voluntad es a la economía de libre mercado. Este cambio de paradigma a nivel de agentes económicos colectivos (en concreto, las empresas) se hace efectivo a través de una decisión exclusivamente política (que puede estar integrada a un acto de imperio como las políticas públicas o a decisiones jurisdiccionales) que sienta sus bases en la justicia económica y no en el respeto de los derechos fundamentales, simplemente porque los agentes colectivos carecen de ellos.

Debido a que la solidaridad contractual entre particulares (o entre particulares y agentes colectivos) tiene asidero normativo en algunas áreas específicas (consumo, trabajo), y su fundamento es exclusivamente ético y no económico (o al menos no principalmente), evidencia la falta de una política coherente o totalizadora en materia contractual que abarque por igual a personas físicas y personas jurídicas. Desde esta ausencia la aplicación de la solidaridad contractual a agentes exclusivamente económicos es una poderosa arma en manos de los tribunales, que le permite implementar políticas económicas con efectos reducidos debido a las potestades del aparato judicial, aunque con gran potencial si logra consolidarse como jurisprudencia dominante.

3.2 El rol de la operación económica.

La operación económica opera en el contrato resaltando sus efectos discursivos, disciplinarios. Por ello dice Gabrielli que el contrato como supuesto de hecho debe ser *“repensado según el prisma ofrecido por la nueva y diversa dimensión de la realidad en la cual está destinado a producir sus efectos, para configurarlo según una noción que sea idónea para captar en toda su plenitud y complejidad, la multiplicidad y el conflicto de los intereses que en cada supuesto de hecho singular concurren en la construcción del acto y de la actividad de la cual la autonomía privada es expresión: vale decir en la dimensión de la operación económica”*¹¹⁴.

La operación económica al dejar al descubierto los efectos disciplinarios de los contratos niega la formulación liberal del contrato como estructura, es decir como unidad cerrada e impenetrable para los Tribunales. Propone un concepto diferente: el protocolo comercial. En palabras de Gabrielli *“una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí misma el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que también tal situación concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada”*¹¹⁵.

Al superar el *imperativo reactivo* que mantiene a la *clausura material* como centro de la estructura contractual, el juez ya no está limitado por el binomio cumplimiento-incumplimiento y puede decidir en un contexto de discrecionalidad. El objeto de interpretación no es visto como algo dado, sino como algo percibido, y las preferencias ideológicas son un elemento clave a tener en cuenta. Si bien el dominio de las preferencias ideológicas no es total (puesto que destruiría la ilusión de necesareidad del fallo), configura un campo de actuación suficiente para que los jueces construyan estrategias argumentativas mucho más audaces.

Por esta razón, el terreno que configura la aplicación de este criterio interpretativo (la operación económica) es fértil para aquellos jueces que KENNEDY denominó activistas. Este tipo de jueces tienen motivaciones "extra-

¹¹⁴ Enrico Gabrielli, *“Doctrina General del Contrato”*, v. 1, FCU, Montevideo, 2009, pág. 17.

¹¹⁵ Gabrielli, Enrico, *“Doctrina General del Contrato”*, pág. 68.

*jurídicas*¹¹⁶ tendientes a lograr una sentencia justa, prefiriendo un resultado en vez de otro. En definitiva, este tipo de jueces, *tienen preferencia por una norma distinta de la que piensa que debería aplicar, mas no una preferencia por una de las partes del proceso*¹¹⁷.

Al colocar al protocolo comercial como un cúmulo de relaciones e interacciones, la operación económica aumenta la plasticidad del material jurídico en el cual los jueces aplicarán sus estrategias interpretativas ya que ahora éste no es algo dado (es decir, externo, ajeno al sujeto que interpreta) sino que es algo percibido.

Ahora bien, es necesario hacer una última puntualización sobre la mecánica de la operación económica. Esta herramienta puede ser utilizada al menos, en dos direcciones. El *uso funcional* de la operación económica tiene como objetivo hacer del instrumento contractual una herramienta más eficaz para responder ante los eventuales riesgos que pueden surgir en una relación comercial prolongada. De otra manera, la operación económica permite que el Juez mantenga estable la relación contractual reconfigurando sus engranajes, extendiendo su vida útil. Por otro lado, el *uso político* de la operación económica, permite realizar la integración de *directrices políticas* con la finalidad de incidir en los efectos prácticos de o los acuerdos.

Una vez descentrado el contrato, el Juez puede darle trascendencia jurídica a la casuística, a esos consensos secundarios que, unidos a los primarios (recogidos en normas institucionales), conforman eso que la SCJ denominó protocolo comercial. Estos hechos particulares per se no tienen efectos jurídicos y será el Juez quien los coloque en tal estatus, mediando un trabajo estratégico más o menos complejo, en función del caso concreto. Esta incorporación de lo fáctico al campo de lo jurídico, se logra mediante la tan mentada *operación económica* y debido a su neutralidad axiológica, se pueden obtener resultados diversos, aunque si se apega a un discurso intervencionista, la utilizará como criterio interpretativo-político, permitiendo la aplicación de políticas públicas de mínimo alcance.

Toda aplicación interpretativa de la operación económica (ya sea en su versión política o funcional) responderá a una postura ideológica del Tribunal,

¹¹⁶ Kennedy, Duncan, ob. cit., pág. 39.

¹¹⁷ Kennedy, Duncan, ob. cit., pág. 39.

como enseña Guastini “...aquello que los juristas hacen pasar por “teoría” es, más bien, ideología; aquello que hacen pasar por “ciencia” jurídica es política del derecho”¹¹⁸.

3.3 Una aproximación discursiva.

3.3.1 *El trasfondo ideológico de la clausura material.*

La posición de la *clausura material* como centro de la estructura contractual, y el respeto que deben tener los Tribunales por el “*imperativo reactivo*”, responden a la existencia de un discurso jurídico-político determinado: el liberalismo. Desde esta óptica la clausura material nos diría una verdad: el Estado no debe inmiscuirse en los asuntos convenidos por los individuos.

La libertad se posiciona como la verdad evidente que el discurso liberal no hace más que recoger y para los liberales libertad no es más que la propiedad. Así lo entiende Mairet cuando escribe que para los liberales “*cuando la libertad es amenazada, únicamente la propiedad lo es*” Y continúa: “*Lo que estructura la ideología liberal es el lazo estado-propiedad*”¹¹⁹. Este razonamiento arroja que solamente aquellos que tenían sus necesidades satisfechas podrían realmente ser libres, y por lo tanto participar en la vida política.

Lo jurídico, para el liberalismo, se realiza dentro de “*los estrictos límites asignados a la esfera del derecho, que no son otros sino las bien trazadas lindes de la propiedad, dentro del derecho que tiene cada particular para disponer y hacer uso de su bien como le parezca. Nadie tiene derecho a penetrar en mi propiedad si yo no lo consiento, nadie puede arrebátarmela, es un derecho que me ha sido asegurado*”¹²⁰. Si todo individuo tiene una esfera inviolable y personal representada por los límites de su propiedad, las disposiciones que realice sobre aquella son de igual de inviolables.

¹¹⁸ Guastini, Riccardo, “*Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*”, Gedisa, 1999, pág. 32.

¹¹⁹ Mairet, Gerard, “*El liberalismo: presupuestos y significaciones en Historias de la Ideologías*” t. III, 1a. Ed., Hachette, pág. 117.

¹²⁰ Bernard, Groethuysen, “*La filosofía de la Revolución Francesa*”, Fondo de Cultura Económica, 1989, pág. 214.

3.3.2 *Un conflicto discursivo*

Si reducimos el problema contractual a una pugna discursiva podremos comprender mucho mejor la trascendencia de la operación económica como criterio para interpretar y solucionar los conflictos contractuales. Frente al discurso liberal, tenemos al discurso intervencionista que viene a reformular y enfrentarse a las concepciones liberales sobre el mercado y el Estado.

Desde el momento que el Estado de Bienestar enfrenta la lógica racional del mercado libre y puro no puede adoptar el instrumento contractual tal como los liberales lo han venido teorizando hace, al menos, dos siglos. Así pues, *¿qué postura debe tomar el discurso intervencionista con respecto a la clausura material de los contratos?* Si entendemos al discurso intervencionista como antagónico al liberal, en primera instancia podemos asegurar que no puede aceptarla. La respuesta está, quizás, en una reformulación y un complemento del contrato a través de las políticas públicas, consolidándose ésta última como una alternativa para satisfacer las necesidades de los individuos.

La relación contrato-política pública puede tomar dos modalidades. La *“política pública como regulación del contrato o como superación del mismo”*. En la primera, las acciones positivas del Estado están destinadas a mantener el tráfico de bienes y servicios entre sujetos, pero sometido a ciertas normas imperativas que superan la clausura material (relaciones laborales, de consumo). En la segunda, la política pública satisface directamente las necesidades de individuos concretos o grupos de individuos. Dependiendo de la intensidad que el Estado desee imprimirle a su mediación, podrá optar entre una u otra alternativa.

4. La sentencia

Luego de haber realizado las consideraciones generales, resta aplicarlas a la sentencia N°475/2014 emitida por la Suprema Corte de Justicia (de aquí en

más SCJ) el 12 de mayo de 2014, e investigar desde el análisis del fallo, si la SCJ tomó una postura intervencionista con respecto al conflicto presentado.

4.1 La superación del imperativo categórico

La SCJ comienza su trabajo estratégico al aproximarse críticamente al imperativo categórico a través del siguiente pasaje: *“Como lo ha sostenido la Corte, las cláusulas que conforman los contratos, son normas jurídicas en la medida que conforme a la regla que consagran los arts. 209 del Código de Comercio y 1.291 del Código Civil (principio de asimilación del contrato a la Ley), constituyen normas que vinculan a las partes como la Ley misma. También se entiende que es cuestión de Derecho, como es obvio, todo lo relativo a la interpretación de los contratos, señalándose que dicho negocio jurídico crea normas jurídicas, por lo que la sentencia es revisable en casación (E. Vécovi, “El recurso de casación”, nota 25, pág. 70); (ver entre otras, Sentencias de la Corporación Nos. 250/85; 327/85; 31/91; 388/04, 115/07)”*.

En nuestros términos, la Sala (El Tribunal de Apelaciones que emitió la sentencia contra la cual se interpuso el recurso de casación), se apegó estrictamente al imperativo categórico, tal como lo expone la SCJ: *“La Sala revocó la sentencia de primera instancia, postulando que existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada de clausurar la cuenta ya que nada la obligaba a seguir manteniendo un sobregiro que claramente violaba lo dispuesto contractualmente (fs. 793)”*.

Con el objetivo de llevar el caso a una zona de penumbras, la SCJ cita los argumentos del Prof. Blengio que entiende que: *“que tal acuerdo de voluntades se ajuste a las previsiones de la Ley entre las que tienen especial relevancia las referidas al objeto, la causa y las denominadas cláusulas generales como las del orden público, buenas costumbres, buena fe... no sólo en base a las normas del Código, sino la globalidad del ordenamiento, y en primer lugar las disposiciones constitucionales (La autonomía de la voluntad y sus límites, A.D.C.U. t. 27, págs. 396, 397)”*.

El subordinar la validez de un acuerdo contractual a tales elementos hace del material normativo a trabajar una sustancia mucho más dúctil y flexible. Por lo tanto estamos ante una reformulación del material normativo que desplaza un caso que la Sala resolvió fácilmente respetando el imperativo, hacia una zona de indeterminaciones. En efecto los elementos “*buenas costumbres*”, “*orden público*” y “*buena fe*” son materiales mucho más indeterminados y discrecionales que el texto acordado por las partes en varios convenios individuales aunque relacionados. La subordinación mencionada crea un terreno fértil para la discrecionalidad en la apreciación de tales elementos y por lo tanto permite un trabajo estratégico más fácil de justificar.

El apartamiento del imperativo es palmario en el siguiente pasaje: “*En definitiva, el Tribunal incurrió en errónea aplicación de los arts. 1291 y 1297 del Código Civil, al comprobarse que la demandada se apartó de las normas contractuales, que son Ley entre las partes y, en ese marco de incumplimiento **atendiendo a la dependencia financiera de la actora es que se provocó el daño reclamado por la empresa Surcos S.R.L.***” (el destacado es nuestro).

El atender a la dependencia financiera significa hacer a un lado a la clausura material a la que nos referimos más arriba, debido a que el Tribunal *cuestiona la legitimidad de los acuerdos sociales, económicos y militares generados por la mano invisible*¹²¹.

4.2 El Protocolo Comercial y el problema de la ponderación.

4.2.1 Consensos y contextos comunicativos.

Inmediatamente podemos percibir hacia a dónde apunta la labor estratégica del máximo órgano de nuestro sistema judicial. La SCJ es clara cuando argumenta que: “*En efecto, corresponde mencionar que, sin perjuicio que la relación comercial no estaba regulada expresamente en los contratos que vinculaban a las partes, en la especie importa entender el acuerdo o modelo de gestión y a la forma de proceder que ambas partes habían asumido durante los 15 años de relacionamiento comercial. Pues atendiendo a ello, era de esperarse que se siguiera aplicando el Protocolo Comercial habitual, en función del **principio de***

¹²¹ Ackerman, Bruce, ob. cit., pág. 44.

buena fe que debe regir en este tipo de relaciones, que suelen basarse en la confianza que genera la entidad por un lado y el cliente que opera con ésta por otro" (el destacado es nuestro).

El Protocolo Comercial Habitual (de aquí en más PCH), como vimos al citar a Gabrielli, está compuesto por un reglamento y por todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos. Por lo tanto podemos entender que el PCH es predominantemente consensual, puesto que tenemos un *consenso principal* cristalizado en normas individuales (el reglamento) y *consensos secundarios* que se van gestando a medida que transcurre la relación comercial (son esos comportamientos de los que habla Gabrielli).

Al colocar el marco regulatorio de las partes como una cuestión no solo de reglamentos sino también de comportamientos, la SCJ debe ponderar cuáles de las actitudes forman parte del PCH y cuáles no. Debido a la vaguedad propia del mecanismo de ponderación de hechos, la aplicación de la teoría lingüística a la operación económica permite generar ciertos puntos firmes a la hora de determinar si un consenso secundario forma parte del protocolo.

Van Dijk entiende que los actos de habla tienen proyección social porque se enmarcan en un "*contexto comunicativo*, entendiendo a este último, como un *conjunto de datos a base del cual se puede determinar si los actos de habla son o no adecuados*"¹²². Si tomamos a los referidos consensos como análogos a los actos de habla, el consenso secundario será adecuado en la medida que pueda imputarse una intencionalidad que sea armónica con el contexto comunicativo en el que se enmarca del protocolo comercial¹²³.

En nuestros términos, la relevancia sustancial de un consenso secundario (esto es su potencialidad de ingreso al protocolo) dependerá de si se adecua al contexto comunicativo del protocolo, esto es la consecución de los resultados queridos por los agentes que participan en el negocio. La SCJ

¹²²Van Dijk, Teun, "Estructuras y funciones del discurso", Siglo XXI, 1996, pág. 59.

¹²³El contexto tiene una gigantesca trascendencia en la ciencia de la semiótica. A fin de enriquecer el análisis (pero no desvirtuar el hilo conductor del artículo) reservo esta definición para la presente nota al pie. C.K. Ogden y I.A Richards, lo definen como "*un conjunto de entidades (cosas o eventos) relacionadas de cierta manera; cada de una de estas entidades posee un carácter tal, que ocurren otros conjuntos de entidades que poseen los mismos caracteres y están vinculados por la misma relación y éstos ocurren "en forma aproximadamente uniforme"*" ("El significado del significado", Paidós, 1964, pág. 75).

apela al *contexto comunicativo* a través de la *común intención de las partes*, en el siguiente pasaje: “*Elementos de convicción que corresponde analizar conjuntamente con otros extremos que surgen de autos relativos a los hechos posteriores de los contrayentes que permiten esclarecer, conforme señalamos anteriormente, cual fue la **común intención de las partes al respecto***” (el destacado es nuestro).

No obstante, el enfoque lingüístico no soluciona todos los problemas que genera la ponderación de consensos. Irreductiblemente los Tribunales tendrán un cierto grado de discrecionalidad a la hora de determinar la existencia o inexistencia de la adecuación de un hecho concreto al contexto comunicacional del protocolo. Un ejemplo de la relatividad de criterios selectivos es la discordia del Ministro CHALAR. La misma se basa en una diferencia interpretativa con respecto a la adecuación de la elevación del monto de una línea de crédito al contexto comunicativo del protocolo. La opinión mayoritaria de la Sala apuntaba, recogiendo un peritaje realizado en segunda instancia, que si la situación fuera grave de ninguna manera se habría –dos meses antes de los hechos en cuestión- elevado la línea de crédito de U\$S150.000 a U\$S200.000.

En las antípodas se encuentra el Ministro Chalar, argumentando lo siguiente en su discordia: “*Se refiere como algo significativo que pocos meses antes de que el Banco decida no dar más crédito se había ampliado la línea de crédito (fs. 591, literal “a”). No advierto lo llamativo. La crisis de Los Surcos se da luego de ampliada la línea de crédito. Si se revisan los estados de cuenta, es claro que la situación de Los Surcos S.R.L. al ampliarse la línea de crédito era distinta de la situación que se enfrentó en diciembre de 2009. Como viene de verse, no se trata de que el Banco “decidió no dar más crédito”, sino que, ante un cambio negativo en la situación financiera del cliente, agotados los fondos comprometidos en la línea de crédito pactada, y al amparo de lo previsto contractualmente se descontó menos de lo que el cliente aspiraba*”.

Mientras que el razonamiento mayoritario de la Corte parte desde la intencionalidad del consenso con el fin de descubrir el contexto comunicativo en el cual está inserto, el razonamiento de CHALAR opera de manera inversa debido a que intenta, desde la variación del contexto comunicativo (cambio

negativo en la situación financiera del cliente), defender la adecuación de la intencionalidad (del corte de la línea de crédito) a la nueva situación.

4.2.2 El rol de la prueba

Para evitar que la discrecionalidad propia de la ponderación quede al descubierto, la SCJ intenta justificarla a través de los medios probatorios. Teóricamente un juez imparcial deberá resolver el problema ponderativo en forma racional y para lograrlo contará con el auxilio de la función probatoria. La prueba, según Barrios De Angelis, tiene al menos tres sentidos: aptitud, o ente poseedor de la aptitud de producir certeza; actividad destinada a establecer certeza, y grado de certeza¹²⁴.

La prueba, en materia de resolución de conflictos desde la operación económica, presenta un gran problema: es poco eficaz en los tres niveles de significado antes mencionados. Ya bien si queremos probar la intencionalidad un consenso secundario o su adecuación al contexto comunicativo del PCH, los medios tradicionales de prueba se reportan poco eficaces.

Pongamos un ejemplo claro de esta ineficacia: *“Así, teniendo en cuenta el informe del perito, y los demás elementos que surgen de autos evidencian que la empresa venía ampliando su crédito lo que si bien demuestra la confianza que tenía el Banco en su cliente y la conformidad con las garantías que le otorgaba, ello también es indicador que estaba necesitando cada vez más liquidez para su giro diario a efectos de pagar a sus proveedores”*¹²⁵. Esta prueba pericial lo único que estrictamente puede demostrar es (siguiendo el hilo de nuestros razonamientos) la existencia de un consenso secundario (ampliación del crédito). Pero inmediatamente la Suprema Corte amplía el alcance del dictamen pericial probando también *“la confianza que tenía el Banco en su cliente”*, y por ende la adecuación al contexto comunicacional del Protocolo.

He aquí otro ejemplo de la función probatoria en la aplicación de la operación económica: *“Además de haber des-conocido el peritaje, la Sede no tomó en cuenta la calificada opinión del Gerente Assanelli (fs. 537) quien fue*

¹²⁴ Barrios De Angelis, Dante, *“Teoría del Proceso”*, BdeF, Buenos Aires, pág.188.

¹²⁵ SCJ, Sentencia N°475/2014, pág. 10.

*coincidente con los testimonios de la Contadora Bereta (profesional externa) y con todas las descripciones del peritaje, quienes coincidieron en el sentido de demostrar que en la especie fue el Banco el que incumplió modificando como dijo el perito el protocolo comercial habitual*¹²⁶. La prueba testimonial aquí lo único que podría probar es el *incumplimiento*, pero difícilmente podrá hacer lo mismo con la modificación del PCH.

De los ejemplos citados podemos concluir que la prueba, en la operación económica, no solo cubre el binomio cumplimiento-incumplimiento del consenso primario, sino también aplica sobre los consensos secundarios pasibles de ser integrados a la estructura que rige las relaciones entre las partes.

En conclusión, el problema de la ponderación es, al menos, fáctico e interpretativo, y debido a esto no puede ser impugnado por argumentos normativos. Es fáctico porque requiere una selección de consensos secundarios contextualizados comunicativamente e interpretativo porque una vez operada la selección es menester reconectar esos consensos con sus respectivos contextos comunicativos. La versión funcional de la operación económica le otorga mayor relevancia a la ponderación fáctica, mientras que la versión política pone especial énfasis en la interpretación de esa selección bajo la luz de ciertos criterios axiológicos. Lo que determinará la conformación del PCH no serán los medios probatorios sino los criterios ideológicos desde los cuales el Tribunal diseña sus estrategias, transformando a la prueba en un medio para otorgarle necesareidad a su construcción ideológica.

4.3 El uso de la operación económica.

4.3.1 El rol de la buena fe.

Hemos intentado demostrar que la SCJ ha aplicado la operación económica como instrumento interpretativo. Resta ahora conocer si efectivamente la ha aplicado con intencionalidades políticas. Como afirmamos más arriba, la utilización de la operación económica permite colocar un

¹²⁶ SCJ, Sentencia N°475/2014, pág. 3

problema contractual concreto dentro de la “*zona penumbra*”, e integrar criterios rectores meta-normativos como el principio de la *buena fe*.

El uso de la *buena fe* como criterio interpretativo de los contratos existentes entre agentes económicos no reclama en forma directa una dimensión social del instrumento contractual, ni tampoco exige la integración *principios de justicia social*, pero igualmente se aparta de la concepción estructural del contrato. La exigencia de que los particulares (en tanto personas físicas) actúen de *buena fe* es justificable desde una perspectiva moral, pero dicha justificación no puede ser utilizada para exigir análogos comportamientos a los agentes económicos porque simplemente no son ni sujetos activos ni sujetos pasivos de una relación moral. Para justificar el empleo de la *buena fe* en el caso Surcos/Bandes es necesario encontrar otro criterio, y ese criterio no puede ser otro que una determinada postura política con respecto al ejercicio de las relaciones mercantiles. El exigirle a las empresas que a la hora de tomar decisiones (en nuestro caso, cortar un línea de crédito) no consideren únicamente sus intereses particulares, significa tomar una postura crítica con respecto a la concepción librecambista de la economía.

Las políticas públicas en materia económica tienen como rasgo común la adopción de esta postura económico-política con respecto a las relaciones mercantiles y la circulación de riquezas y bienes. Explicando mejor este punto podemos afirmar que el móvil que antecede a la aplicación de una política pública en el campo económico es una *percepción de desajuste* entre el resultado de las negociaciones particulares y los criterios políticos-económicos del funcionario competente. El exigir un respeto a los criterios de *buena fe* es una forma (aparentemente neutra) de exteriorizar esa *percepción* permitiendo, a través de ella, la aplicación de las *directrices políticas* que hablaba Dworkin.

La *percepción de desajuste* puede transformarse en una política pública siempre que:

- a. Provenga de algún órgano estatal
- b. El órgano estatal posea algún tipo de capacidad o potestad para regular eficazmente.
- c. La voluntad regulativa se mantenga estable por un tiempo prolongado.

El punto (a) lo justificamos al comenzar este trabajo: solamente el Estado puede aplicar eficazmente políticas públicas debido a que es el único agente

social que puede reclamar para sí una legitimidad general. El punto (b) es corolario de lo dicho antes: si el Estado posee la capacidad regulativa necesaria, basta con que los funcionarios competentes tengan intencionalidad de crear políticas públicas para que esa potencialidad se transforme en acto. Por último el punto (c) es una condición relativa a la calidad de la política pública a aplicar. Algunas pueden ser consumidas en relativamente poco tiempo, mientras que otras exigen que la voluntad regulativa (esa *percepción de desajuste*) se mantenga constante durante un tiempo prudencial.

La *percepción de desajuste* se maneja entre dos extremos: por un lado un elemento *fáctico* y por otro lado los *criterios valorativos* del funcionario particular. En nuestro caso, lo *fáctico* viene dado por los actos de las partes y lo *valorativo* por el principio rector de la *buena fe*. Veamos entonces cómo juegan estos elementos en la sentencia objeto de análisis.

La SCJ afirma categóricamente que: “*En este punto, se comparte el análisis realizado en primera instancia, cuando se señaló que el actor acreditó que el cambio que realizó la demandada sin justificación ni previo aviso, fue ilícito, al surgir de una interpretación contextual del contrato que se había pactado la obligación de comunicar, con la debida antelación, la rescisión del contrato de línea de crédito, circunstancia que al no surgir del cúmulo probatorio, no habilita a eximir de responsabilidad al demandado.*”

El *elemento fáctico* en este caso está dado por el *cambio* realizado por la demandada sin *justificación ni previo aviso*. El condenar esta conducta significa (como corolario) afirmar la existencia de un *modelo* o *ideal* de conducta que efectivamente no se materializó en los hechos (puesto que de lo contrario el reproche no tendría lugar. Y ese modelo viene dado, nuevamente por el actuar de *buena fe*. La *percepción de desajuste* parece cumplirse.

El juego entre lo *fáctico* y lo *valorativo* vuelve a darse en el siguiente extracto: “*Ahora bien, resulta significativa la **conducta adoptada por la demandada** quien admitió y resultó corroborado en autos, que en enero de 2010 varió la forma en que se desarrolló el vínculo comercial con la actora, modificando su forma de actuar respecto del crédito cedido por la promotora, **sin preaviso que le permitiera adoptar los recaudos necesarios para poder seguir funcionando**, y sin que hubiera existido un cambio trascendente en la situación económica financiera de la actora que determinara tal proceder*”

(el destacado es nuestro). Nuevamente se da en este pasaje el juego antes mencionado. La conducta adoptada (modificando su conducta sin preaviso) se aparta del modelo rector que los Ministros entienden como la conducta ideal o a seguir.

4.4 La incidencia de las políticas públicas en la motivación del fallo

Estos dos ejemplos son suficientes para demostrar que en el proceso volitivo de los Ministros, la “*percepción de desajuste*” tuvo un papel preponderante. Ahora bien, la “*percepción de desajuste*” se transforma en regulación cuando, a través de un acto jurídico eficaz se intenta volver al estado de cosas ideal, castigando a aquél que actuó en forma contraria al modelo rector. Efectivamente fue lo que pasó, la SCJ falló a favor de Los Surcos S.R.L. El activismo judicial del que habla Kennedy, puede entenderse como la inclinación de transformar la *percepción* en “*regulación*”.

Es claro que todo fallo tiene un contenido regulativo puesto que, como expresamos más arriba, ese es la finalidad de toda decisión oficial sobre un conflicto particular (es decir, generar un orden legítimo entre las partes). No obstante ese contenido regulativo básico es distinto al que estamos analizando. Hasta los positivistas más acérrimos aceptarían de buena gana ese contenido regulativo aunque con una condición: que ese orden legítimo sea producto de la aplicación de normas más generales y preexistentes. De otra manera, la concepción positivista de jurisdicción acepta esta teleología del fallo, siempre y cuando sea la “*exteriorización*” de una solución ya contenida en el derecho positivo. No hay lugar en esta concepción para una actividad creativa de los jueces, puesto que estos solamente pueden repetir una solución previa.

En el fallo que es objeto de análisis no existe una repetición sino la creación de una solución. En nuestro caso, la *percepción de desajuste* no significa entender solamente que existió una inadecuación entre el ser y el deber ser, sino que motiva a fallar con la finalidad de *corregir* esa conducta, aún si la misma es justificable desde un punto de vista normativo. La “*percepción de desajuste*” es la causa de una postura activista de los jueces destinada a materializar en las relaciones fácticas sus criterios ideológicos.

A modo de resumen sabemos que la SCJ:

- a. Aplicó el criterio de la *operación económica*.
- b. La *percepción de desajuste* tuvo un papel importante en la decisión final.
- c. Esa *percepción* se materializó en regulación al fallar en contra de aquél que actúo en forma no ideal.

Resta, determinar si la SCJ cumple con los requisitos necesarios para que la *percepción de desajuste* se transforme en política pública. Vayamos punto por punto:

- a. El Sistema Judicial es parte del Estado
- b. La SCJ, al ser el jerarca máximo dentro del Sistema Judicial, posee plena capacidad para tomar decisiones innovadoras o fuera de lo común sin que ningún órgano le realice objeción alguna. Tiene, pues, plena discrecionalidad.
- c. Este punto es el más contingente, puesto que depende de la integración concreta de la SCJ en un momento dado. No obstante, si esa voluntad regulativa se mantiene firme, teniendo en cuenta la autoridad de la SCJ, es posible pensar que posee todos los atributos necesarios para que pueda formular y aplicar políticas públicas.

Conclusiones del capítulo

Luego de estas reflexiones estamos en condiciones de esbozar algunas conclusiones.

Dogmáticamente no es admisible la imputación al Poder Judicial de competencias regulativas análogas a las del Ejecutivo o el Legislativo. No obstante vimos, a través de las ideas de Kennedy, y del fallo analizado, que los jueces actúan en forma diversa.

La jurisdicción no es un mero *decir* el derecho. Lo jueces no son autómatas que aplican mecánicamente el derecho positivo. En sus fallos anidan sus convicciones ideológicas, morales y personales, y estos elementos no pueden ser descartados tan fácilmente. Cuestión diversa es, cómo vimos, analizar si el ejercicio de la jurisdicción puede generar políticas públicas.

Entendimos a las políticas públicas cómo una actividad mediadora entre colectivos realizada por el Estado y desde ese concepto partieron nuestras reflexiones. La jurisdicción se transforma en una actividad de mediación cuando le integramos un elemento teleológico: resolver eficazmente los conflictos entre particulares. El decir el derecho se transforma en un decir eficaz y práctico, capaz que crear un orden legítimo entre las partes.

Apuntamos además que esa mediación no poseía el alcance de las políticas públicas justamente porque los fallos deben ceñirse a los límites subjetivos impuestos por su finalidad, que no es otra que solucionar los conflictos particulares. No obstante, lo dicho no excluye la posibilidad de concebir que algunos jueces puedan motivar sus fallos con el resultado de ciertas reflexiones sobre los efectos fácticos, económicos, políticos y sociales del fallo de una u otra manera.

Ese límite subjetivo puede ampliarse cuando la decisión proviene de un órgano judicial dotado de la máxima discrecionalidad posible: la SCJ. En efecto, debido a que la SCJ no está sujeta a controles posteriores debido a que es la autoridad máxima dentro del Sistema Judicial, puede usar tal discrecionalidad regular de una manera mucho más ideologizada. Dicho de otra manera, la inclusión de elementos meta-normativos adquiere mayor eficacia en los fallos de la SCJ puesto que no pueden ser eliminados por un tribunal superior.

Este plano institucional, como vimos, genera las condiciones de posibilidad de un fallo-política pública y permite, además, que la *percepción de desajuste* sea mucho más predominante. En pocas palabras le otorga a la SCJ plenas facultades creativas a la hora de decidir la solución oficial del conflicto.

Vimos además los efectos de la operación económica en dos frentes: *por un lado* su incidencia en la estructura del contrato y *por otro* la utilidad que brinda a los jueces que tienen interés de plasmar sus criterios ideológicos de una manera discreta.

Por último, yendo al caso concreto, pudimos concluir que la SCJ aplicó la operación económica para resolver el conflicto puntual. Más opinable es si la aplicó con intencionalidades políticas, puesto que es imposible saberlo con certeza. Lo que sí es posible afirmar es que la SCJ cumple con todos los requisitos orgánicos para aplicar políticas públicas desde su actividad

jurisdiccional. El paso transformativo de la potencialidad en acto dependerá exclusivamente de los criterios ideológicos de los jueces responsables de resolver el conflicto.

En definitiva, si se transforma la utilización de la operación económica en una práctica dominante entre los Tribunales de nuestro sistema judicial, podríamos asistir a una reconfiguración de las relaciones contractuales y por qué no, incidir directamente su regulación legal.

CONCLUSIONES FINALES

I

A través de los tres enfoques esbozados (subjetivo, normativo y consecuencial) intentamos echar luz sobre algunas problemáticas que trae aparejada la aplicación de la operación económica como instrumento interpretativo e integrativo de las estructuras contractuales.

En el enfoque subjetivo incluimos al menos, dos líneas argumentales diferentes, saber: por un lado una línea política con especial énfasis en la incidencia de la ideológica en las decisiones judiciales que han sido objeto de estudio por el presente trabajo; y *por* otro lado una línea *moral* que destaca, a través de los conceptos de *culpa* y *responsabilidad*, un componente valorativo sobre las prácticas que deben seguir los banqueros, presente en el razonamiento de la Suprema Corte de Justicia.

En el enfoque normativo nos centramos en delinear con especial énfasis, los problemas teórico-interpretativos subyacentes en el caso que hemos analizado. Resaltar los conflictos doctrinarios existentes entorno a qué norma interpretativo aplicar y cuál es el la relevancia hermenéutica de los hechos posteriores al contrato. Además, le dedicamos cuantiosas líneas a analizar cómo fueron interpretadas algunas cláusulas contractuales claves.

Por último, en el enfoque consecuencial, nos propusimos reflexionar sobre los efectos políticos que puede traer aparejada la aplicación de la operación económica, haciendo especial hincapié sobre la potencialidad regulativa de los fallos que son productos de tal aplicación.

II

A pesar de la organización atomizada del estudio, el mismo guarda una cierta coherencia interna que puede ser traducida en la lógica subjetividad-mecánica-producto. En efecto, el analizar las posiciones subjetivas iniciales, tanto de los Jueces como de las partes nos permite construir un buen punto de

partida para las reflexiones ulteriores. No obstante es necesario hacer aquí una precisión. Las posiciones iniciales tratadas en el enfoque subjetivo son de dos tipos: por un lado las que podríamos llamar *autónomas* que vienen determinadas por el posicionamiento ideológico de cada juez en particular, y *por otro* las *heterónomas* que le son dadas a las partes (en nuestro caso al Banco) en función de un criterio valorativo compartido intersubjetivamente por la mayoría de los miembros de la Suprema Corte de Justicia.

Sobre estas posiciones iniciales es que se despliega la labor hermenéutica desarrollada en el segundo enfoque. En efecto, el elegir entre una u otra norma interpretativa dependerá del posicionamiento ideológico del Tribunal y de la existencia o inexistencia de una postura inicial de las partes construida externamente sobre ciertos ideales rectores compartidos por la mayoría de los jueces.

Por último este trabajo estratégico tiene una *teleología*, esto es, una finalidad concreta. En efecto, desentrañar una posible finalidad es el objetivo del último enfoque. El pensar que un fallo pueda aplicar políticas públicas solamente puede lograrse si antes se esbozaron las discusiones interpretativas e ideológicas pertinentes.

III

Resta hacer algunas valoraciones generales sobre el asunto. El presente trabajo no es más que un estudio sobre la aplicación de la operación económica en un caso concreto. No obstante las limitaciones propias del conflicto particular no puede impedirnos reflexionar en un nivel un poco más abstracto.

La operación económica como herramienta interpretativa adolece de un dejo de inestabilidad y vaguedad destacables. El cambiar la estructura contractual por el *protocolo comercial* permite a los jueces desplegar su subjetividad en forma aparentemente justificada y acentúa, a su vez, los conflictos doctrinarios en materia de interpretación contractual.

La valoración del instrumento se la dejaremos en manos de lector, aunque ¿está preparado nuestro ordenamiento para asimilar un enfoque tan radical? Podemos aventurar una respuesta negativa. Nuestro sistema de normas interpretativas se ha mantenido con la redacción original dada por Narvaja, por lo cual es posible afirmar que nuestro Codificador no tenía en mente una incidencia hermenéutica tan decisiva de los hechos posteriores al perfeccionamiento del contrato. Si lo que comúnmente se denomina *espíritu* de las normas no significa obstáculo alguno para la introducción de nuestros conceptos, herramientas o paradigmas jurídicos, es imperioso reflexionar sobre la finalidad de la inclusión de la operación económica como instrumento para conocer la voluntad de las partes.

La justificación de la adopción de tal instrumento no es tan palmaria como sus efectos. A pesar de los conflictos teóricos y de la falta de justificación, lo cierto es que la operación económica fue utilizada ni más ni menos que por el mayor órgano de nuestro sistema judicial.

FIRMAS



Federico Samudio



Gisella Tejera



Gerardo Caffera



Pedro Boado

ANEXO

FORMULARIO DE INFORME FINAL



Universidad de la República – CSIC

Formulario de Informe final del Programa de Apoyo
a la Investigación Estudiantil
Edición 2014



DATOS DEL PROYECTO
<ul style="list-style-type: none"> • Título del Proyecto: Abordaje crítico de las doctrinas del abuso, la buena fe y la operación económica en el derecho civil uruguayo
<ul style="list-style-type: none"> • Número ID del proyecto: 38
<ul style="list-style-type: none"> • Área de conocimiento: Derecho Civil
<ul style="list-style-type: none"> • Facultad o Servicio: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
<ul style="list-style-type: none"> • Nombre completo de los-as Integrantes del equipo: Federico Samudio Bumann, Gisella Tejera y Pedro Boado Graña
<ul style="list-style-type: none"> • Correo electrónico del/de la estudiante referente: samudio.federico@gmail.com.uy
<ul style="list-style-type: none"> • Nombre completo del/de la docente orientador-a: Gerardo Caffera
<ul style="list-style-type: none"> • Correo electrónico del/de la docente orientador-a: gcaffera@ppv.com.uy

INFORME FINAL

(desde ítem 1 a 7 la extensión máxima POR ÍTEM es de una carilla)

- 1) Transcriba los objetivos del proyecto tal cual figuraban en la solicitud financiada
- 2) Enumere y describa las principales actividades desarrolladas en el marco de su proyecto.
- 3) Indique si se han efectuado todas las etapas planteadas en el cronograma de ejecución del proyecto. En caso de que su cronograma haya sufrido alteraciones o no se haya podido cumplir con todas las etapas definidas en el cronograma, aclare los motivos de tal situación.
- 4) Indique los principales resultados obtenidos. Aclare hasta qué punto coinciden - o no - con los resultados esperados por parte del equipo.
- 5) Indique si los resultados parciales o finales del proyecto fueron difundidos a través de alguna actividad (charlas, seminarios, talleres, prensa, edición de materiales impresos, etc.).
- 6) En caso de haber enfrentado dificultades en el desarrollo del proyecto de investigación, realice una breve descripción de las mismas.
- 7) En base a su experiencia de trabajo en equipo en el marco de este Programa, le solicitamos que realice sugerencias o comentarios para ser tomados en cuenta en futuras ediciones del mismo.

8) **Resumen publicable de no más de 250 palabras** que sea accesible para un público amplio, y en un lenguaje dirigido a no especialistas en la temática de la investigación. En este resumen se debe dar cuenta de los objetivos del proyecto, los pasos seguidos para cumplirlos y los principales resultados alcanzados.

El resumen debe contener la siguiente información:

título del proyecto

servicio

nombre de los integrantes del equipo

nombre del docente orientador

Resumen publicable:

INFORME FINAL

1)

Genéricamente, el objetivo de este proyecto es comenzar a tomar una postura crítica ante el surgimiento de categorías jurídicas aparentemente ventajosas para el estudio de las obligaciones y contratos dentro del Derecho Civil. En este marco, nos proponemos derribar conceptos anclados, que plantean soluciones fáciles para los operadores jurídicos y por sobre todo pragmáticas, pero sin fundamentación teórica alguna.

2)

Nuestro trabajo se estructuró en las siguientes etapas:

- a. Planteo del tema: Antes que nada fijamos el tema a tratar y discutimos posibles enfoques.
- b. Reuniones periódicas: Realizamos un total de 4 reuniones con finalidad de ir puntualizando los pasos a seguir y controlar el progreso del proyecto.
- c. Reunión final y discusión de trabajos finales: Optamos por que cada integrante realizase su parte del trabajo en forma individual, comprometiéndonos a reunirnos periódicamente para conocer en qué etapa estaba cada uno. En la última reunión nos centramos en analizar críticamente la producción de cada uno y llegar a conclusiones generales.
- d. Preparación del texto final: Una vez discutidos todos los trabajos individuales pasamos a delinear la estructura del texto final.

3) Se han efectuado todas las etapas previstas por el Cronograma.

4) Nuestro objetivo fue analizar el uso de la *operación económica* en una sentencia particular: la N° 475/2014 emitida por la Suprema Corte de Justicia. Al abordar dicho documento necesariamente tuvimos que acudir a las sentencias de primera y segunda instancia, además de ingresar en el fondo fáctico del asunto conflictivo.

Observamos que a medida que ingresábamos al fondo del asunto, nos topábamos con conceptos interesantes como *buena fe* y *abuso* y acordamos integrarlos y reflexionar sobre ellos con la finalidad de echar más luz al asunto.

Del análisis de la referida sentencia pudimos obtener algunas conclusiones interesantes. Primeramente, y quizás lo más sorprendente, pudimos observar cómo el máximo órgano de nuestro Sistema Judicial se apartaba palmariamente de las normas interpretativas de los contratos comúnmente aceptadas por la doctrina y consagradas en los textos positivos.

Así pues, la SCJ plantea al contrato no ya como una estructura cerrada, sino como un *protocolo* integrado no solo por las normas acordadas entre las partes, sino también por los actos anteriores y posteriores a éstas.

Lo que nos motivó a realizar tal investigación fue justamente el asombro que nos produjo ese cambio de paradigma tan radical con respecto a la forma de abordar una relación contractual. Inmediatamente el asombro se transformó en interés y comenzamos a investigar sobre la operación económica, las discusiones existentes al momento de interpretar a un contrato y algunas reflexiones políticas pertinentes.

De estas investigaciones nació el presente trabajo, intentando abordar el problema concreto (el caso Surcos v/Bandes) desde tres enfoques: subjetivo, normativo, consecuencial.

En el enfoque subjetivo incluimos al menos, dos líneas argumentales diferentes, saber: por un lado una línea política con especial énfasis en la incidencia de la ideológica en las decisiones judiciales que han sido objeto de estudio por el presente trabajo; y *por* otro lado una línea *moral* que destaca, a través de los conceptos de *culpa* y *responsabilidad*, un componente valorativo sobre las prácticas que deben seguir los banqueros, presente en el razonamiento de la SCJ.

En el enfoque normativo nos centramos en delinear con especial énfasis, los problemas teórico-interpretativos subyacentes en el caso que hemos analizado. Resaltar los conflictos doctrinarios existentes entorno a qué norma interpretativa aplicar y cuál es la relevancia hermenéutica de los hechos posteriores al contrato. Además, le dedicamos cuantiosas líneas a analizar cómo fueron interpretadas algunas cláusulas contractuales claves.

Por último, en el enfoque consecuencial, nos propusimos reflexionar sobre los efectos políticos que puede traer aparejada la aplicación de la operación económica, haciendo especial hincapié sobre la potencialidad regulativa de los fallos que son productos de tal aplicación.

Podemos afirmar entonces que nuestros objetivos iniciales se vieron realizados en el trabajo final puesto que logramos comprender la mecánica compleja que representa la aplicación de un instrumento interpretativo tan diferente a los que normalmente estamos acostumbrados.

5) No fueron difundidos.

6) En el correr del proceso de investigación tuvimos algunas dificultades que nos obligaron a solicitar una prórroga. Por un lado, algunos miembros del equipo decidieron abandonar la investigación, lo cual nos forzó a reorganizar la distribución del trabajo y replantearnos objetivo y enfoques.

Por otro lado, los compromisos académicos y laborales propios de los últimos meses del año nos impidieron alcanzar en tiempo y forma los objetivos que nos habíamos planeado.

7) El Programa es una excelente herramienta para concretar proyectos académicos y fomentar el interés de los estudiantes por la producción intelectual. Debido a que es nuestra primera experiencia en el mismo no podemos hacer en sí ninguna crítica destacable. Lo único que sí podemos sugerir es que quizás falte una adecuada publicidad del Programa como tal. Sentimos que muy pocos de nuestros compañeros de carrera conocían de qué se trataba y las posibilidades que nos podía brindar.

RESUMEN PUBLICABLE

Título del proyecto: Abordaje crítico de las doctrinas del abuso, la buena fe y la operación económica.

Servicio: Facultad de Derecho

Nombre de los integrantes del equipo: Federico Samudio, Gisella Tejera, Pedro Boado

Nombre del docente orientador: Gerardo Caffera

Las raíces de las normas interpretativas de los contratos presentes en el Código Civil uruguayo pueden buscarse en el Código Civil Napoleónico de 1804. Si bien tales concepciones se han mantenido inalteradas, en la actualidad, y principalmente a través de los profesores Jorge Gamarra y Juan Blengio, parte de la doctrina civilista uruguaya ha extraído de la doctrina italiana una categoría jurídica denominada “operación económica”, la cual implica, según sus sostenedores, un avance racionalizador en la interpretación de los contratos, y más puntualmente en aquellos contratos coligados, que conforman una relación contractual compleja.

Es esta nueva tendencia, sumada a la buena fe y el abuso de derecho, que comprometen intereses similares, la que ha motivado a este grupo de estudiantes a investigar las consecuencias que conlleva su recepción y posterior aplicación tanto a nivel de la dogmática civil, como en lo que respecta a sus repercusiones en el sistema político y económico. Con este propósito marcado, hemos decidido tomar como punto de partida la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 475/2014 en la cual se utilizaron las categorías jurídicas referidas.

Se analizará la estrategia judicial empleada por los jueces para dilucidar el conflicto, con especial atención a los intereses que realmente tuvieron incidencia en la composición del litigio. Luego nos limitaremos exclusivamente a realizar un análisis basado en la interpretación de la norma jurídica privada, para concluir con un análisis acerca de la posibilidad o no que existe en que un órgano judicial pueda generar políticas públicas.

9) En la siguiente tabla ingrese la información solicitada en relación a los equipos y la bibliografía adquiridos con fondos del PAIE. Recuerde que debe entregar todos los ítems adquiridos en los dos rubros antes mencionados, para que éstos formen parte del acervo de su institución y puedan ser utilizados por equipos financiados en posteriores ediciones de este programa.

EQUIPOS	
cantidad	ítem - descripción

BIBLIOGRAFÍA	
cantidad	autor(es), título, editorial, año
1	De Cores, Carlos, Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica, UCUDAL, 2015
1	Jorge Gamarra, Buena fe contractual FCU 2011.
1	Gerardo Caffera, Una teoría del contrato : las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada, FCU, 2009
1	Ruptura no. 5, FCU, 2014
1	Ruptura no. 6, FCU, 2015
1	Jorge Gamarra, Tratado de derecho civil uruguayo T. 26 Teoría general del contrato, FCU, 2009
1	Jorge Gamarra, Tratado de derecho civil uruguayo T. 14 / Doctrina general del contrato FCU, 2009
1	Gerardo Caffera, Responsabilidad civil contractual : introducción a su estudio en el derecho uruguayo, FCU, 2012
1	Oscar Sarlo y Andrés Blanco coordinadores, El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica, FCU, 2008
1	Jorge Rodríguez Russo, La interpretación del contrato, FCU, 2008
1	Jorge Gamarra, Responsabilidad Contractual. I El incumplimiento, FCU, 2012

1	Jorge Gamarra, Responsabilidad Contractual. II. El juicio de responsabilidad, FCU, 2012
1	Doctrina y Jurisprudencia de derecho Civil Tomo III, FCU, 2015

.....
FIRMA DEL ESTUDIANTE RESPONSABLE

Se solicita al **docente orientador** que brinde una **opinión general acerca del desempeño de su equipo de estudiantes** durante el transcurso de la investigación y que evalúe en forma breve los **resultados** expuestos a través de este informe y el contenido de su **resumen publicable**. (máx 200 palabras)

Comentarios del docente orientador:

Quien suscribe, en mi calidad de docente orientador del equipo de estudiantes que llevó a cabo la investigación denominada "*Abordaje crítico de las doctrinas del abuso, la buena fe y la operación económica en el derecho civil uruguayo*", en ocasión del Programa de Apoyo a la Investigación Estudiantil Edición 2014, quiero dejar expresa constancia de que el trabajo desarrollado por los estudiantes ha seguido los objetivos fundamentales propuestos desde el comienzo, y el desempeño de cada uno de los estudiantes en su área de trabajo ha sido esencial a los efectos de conseguir los resultados finales.

En la misma línea, quiero destacar que los resultados fueron ampliamente satisfactorios de acuerdo al nivel académico manejado por los estudiantes. La conjunción de proposiciones teóricas y dogmáticas ha sido el logro fundamental en este proceso de aprendizaje que fue el presente proyecto.

.....
FIRMA DEL DOCENTE ORIENTADOR