

DOCTRINA

LOS BANCOS COMO CALIFICADORES DE RIESGO EN LA NUEVA LEY DE CHEQUES

por GUILLERMO AMBROGI Y HERNAN VERLY

1. Prelusión.

El aspecto más polémico de la nueva Ley de Cheques (L.Ch.) 24.452 es, sin duda, la consagración legislativa del cheque de pago diferido (Ch.P.D), cuya incorporación al derecho positivo ha motivado arduas controversias. La incipiente vida de la norma nos impide, sin embargo, extraer conclusiones definitivas respecto de la relevancia económica que el instituto pueda adquirir en el futuro, y si esa importancia justificará los encendidos debates que en el plano jurídico tal normativa ha propiciado¹. Ello no obstante y al margen de las consideraciones doctrinarias que la nueva clase de cheque ha merecido, nos interesa destacar algunos aspectos de la normativa que la novedad de la figura ha relegado a un segundo plano en beneficio de cuestiones de indudable interés teórico pero poca significación práctica.

Centraremos nuestro análisis en la problemática inherente a la actuación de la entidad girada en la operatoria del cheque de pago diferido no avalado, en lo atinente al establecimiento de los márgenes operativos y las eventuales responsabilidades resultantes de dicha fijación².

II. El límite operativo.

El primer párrafo del art. 54 de la ley 24.452 define al Ch.P.D. como "una orden de pago librada a días vista, a contar desde su presentación para registro en una entidad autorizada, contra la misma u otra en la cual el librador a la fecha de vencimiento debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente o autorización para girar en descubierto, dentro de los límites de registro que autorice el girado". Con prescindencia de las críticas que se han formulado respecto de la inclusión de definiciones en los textos legales³, nos interesa destacar en la trascrita, la referencia a un límite de registro

¹ Cfr. Roberto A. Muguillo y Javier A Lorente, *Nueva Ley de Cheques*, Ed. Gowar, Bs. As., 1995, ps. 239 y 5.

² Sin que importe tomar posición en la problemática de la capacidad pasiva del cheque, utilizaremos indistintamente los términos : " banco girado" y " entidad girada" .

³ Osvaldo R. Gómez Leo, *Cheques. Comentarios al texto de la ley 24.452*, Ed. Depalma, 1995, Bs. As. ps. 252 y ss.

autorizado por el banco girado.

A tenor del precepto legal, dicho límite opera con un margen de crédito que la entidad financiera asigna al titular de una cuenta corriente con servicio de Ch.P.D., dentro del cual está autorizado a librar estos títulos.

En el esquema previsto por la ley, el banco girado cumple funciones de verdadero calificador de riesgo de sus clientes frente a terceros. En primer lugar, la concesión de la posibilidad de operar con Ch.P.D. implica un reconocimiento implícito de la calidad del cliente.

En segundo término, la asignación de un margen operativo implica una cuantificación de esa calidad. En ambos estadios –escindibles sólo en teoría– se manifiesta la actividad del girado como calificador de riesgo⁴. De este modo, la entidad financiera asume una actividad que antes de la sanción de la ley de marras efectuaba el mercado aceptando cheques posdatados en las transacciones. Los tomadores de estos cheques mensuraban el riesgo de los libradores y otorgaban crédito aceptando estos títulos en base a su propio análisis. Ahora esta evaluación es suplida por el banco calificador que, como veremos, deberá hacerlo con profesionalidad, justificando racional y documentalmente el análisis del crédito y su límite⁵.

⁴ La entidad financiera cumpliría entonces una función semejante a las sociedades calificadoras de riesgo creadas por el decreto 656/92. En efecto, el propósito de estas sociedades anónimas de objeto específico consiste en calificar las emisiones de títulos de crédito que se colocarán a través del régimen de oferta pública. Para ello, requieren toda la información necesaria del emisor que les permita arribar a una conclusión válida, racional y sustentable, calificando a la emisión mediante el sistema previsto en el art. 13, decreto citado.

Se parte del concepto según el cual el inversor no puede acceder –y mucho menos, elaborar– el sinnúmero de información que genera la empresa; queda, entonces, en una situación desventajosa frente al resto de los inversores especialmente, los institucionales como los fondos de inversión– que cuentan con equipos idóneos para ello. Para restablecer el equilibrio del mercado, el emisor, –a su costa– encomienda la calificación de su emisión de títulos a una empresa especializada que medirá, en definitiva, la seriedad de la inversión y la posibilidad de cancelación de los mencionados títulos, conforme a la situación y evolución probable del emisor. Queda claro, también, que la calificación no consiste en "una recomendación para adquirir, negociar o vender un instrumento financiero determinado sino como una información a considerar por los inversores.

⁵ La intervención del diputado Olivera en el debate parlamentario arroja alguna luz sobre la inclusión del registro del Ch.P.D.: "La segunda explicación que se nos brindó con respecto a este registro se vincula con el control que permite la evaluación del riesgo y la regulación del crédito), ésta es, por lo menos, la explicación que nos da la Fundación Mediterránea en su P.A.L. de julio de 1994. La documentación a la que aludo expresa que la registración del cheque de pago diferido permite que el cheque se incorpore al circuito económico convencional, facilitando la evaluación del riesgo bancario, dado que con la información de los cheques registrados, a la central de riesgo del Banco Central de la República Argentina le sería posible conocer el verdadero y real grado de endeudamiento de cada uno de los deudores del sistema. Es decir que el cheque pasaría a ser un instrumento de evaluación y de regulación del crédito. "Antecedentes parlamentarios". "La Ley". p. 237.

Determinar a priori la suerte que correrá esta sustitución de los mecanismos del mercado por los bancos en lo que respecta a la evaluación crediticia de los clientes resulta sumamente difícil. Si bien es cierto que los bancos son sujetos profesionales del crédito y las finanzas y, por tanto, se hallan en una posición privilegiada para considerar la capacidad económica, financiera y patrimonial del cliente, la relación cotidiana entre comerciantes provee elementos de singular relevancia para la eficacia de este examen.

En otro orden de ideas, entendemos oportuno destacar que la importancia de análisis profesional del riesgo radica en que sea conocido por sus destinatarios, en el caso, los beneficiarios de los Ch.P.D. Se advierte así la poca Utilidad del límite frente a las transacciones. En efecto, el tomador de un Ch.P.D. desconoce el límite de crédito fijado por el banco puesto que:

(i) no constará en el título⁶;

(ii) tampoco podrá ser consultado por el beneficiario u otros terceros al banco girado, pues tanto el estudio de crédito como su conclusión estarán protegidos por el secreto financiero (art. 39, ley 21526) y los terceros no podrán acceder a él generando -en caso contrario- grave responsabilidad para el banco; y finalmente;

(iii) el beneficiario ignorará la parte ya utilizada del límite por el libramiento de Ch.P.D. registrados con anterioridad en el girado, y el importe de la porción disponible.

En este estadio de la argumentación resulta interesante recordar que el banco no califica para sí mismo, esto es, con el objeto de otorgar un préstamo y asumir el riesgo de su devolución en tiempo y forma.

El girado actúa para que los terceros ajenos a su relación con el cuentacorrentista concedan crédito a este sujeto ahora "calificado", y corran con el riesgo del cobro del título. Ahora bien, si los eventuales beneficiarios de los cheques ignoran la calificación del crédito, ¿cuál es la utilidad de ella en las transacciones comerciales? El cuentacorrentista podrá librar cuantos Ch.P.D. obren en su cuaderno de cheques y por los importes que, en definitiva, tolere el beneficiario, sin que al momento del libramiento la fijación del margen importe una limitación al accionar de aquél o un resguardo para este último. Sólo cuando el Ch.P.D. pretenda ser registrado y el girado lo rechace por no estar dentro de los límites del registro (art. 54, L.Ch.) quedará expedita la acción ejecutiva que el tenedor podrá iniciar de inmediato contra el

⁶ En efecto, el art. 54, L.Ch., establece las "enunciaciones esenciales" que debe contener el Ch.P.D. y no incluye la asignación del límite. Tampoco lo hace la reglamentación.

Siendo así, el banco -salvo expresa conformidad del cuentacorrentista - se encuentra impedido de incluirlo en el título, en razón de su deber de guardar secreto de las informaciones que llegan a su conocimiento (art. 39, ley 21.526).

librador, endosante y avalista (arts. 57 y 59, L.Ch.). Siendo así, resulta dudosa la exigencia de una calificación profesional con tan poca utilidad práctica.

Cabe sostener, con razón, que la fijación del límite operativo funcionará entre el girado y el librador, quien se abstendrá de exceder dicho margen para evitar su desplazamiento del mercado de crédito. Así el librador de cheques por importes que superen el límite no sólo será sancionado con la multa prevista en el art. 62, L.Ch., sino que la violación normativa será informada al Banco Central de la República Argentina e ingresado, por tanto, a la Central de Riesgos Crediticios. Todo el sistema financiero quedará informado de la trasgresión y denegado el acceso al crédito del cuentacorrentista.

Mas en este aspecto, ¿existe alguna diferencia con el cheque posdatado que resulta rechazado por falta de fondos? No la apreciamos. El cheque será igualmente rechazado –bien que por otras causas– y limitado o negado el acceso del cuentacorrentista al mercado crediticio. Por lo expuesto, resulta lógico prever que, para la obtención de los mismos fines, el mercado se inclinará por la operatoria más sencilla y conocida: el cheque posdatado⁷.

III. Cuenta Corriente de cheques de pagos diferidos

A diferencia de lo que ocurre con la relación existente entre cheque común y cuenta corriente bancaria, en la cual aquél constituye un servicio más de ésta que no agota sus posibilidades operativas, en el caso de los Ch.P.D. la cuenta corriente se abre con el objeto exclusivo de operarse con estos títulos. En otros términos: mientras la cuenta corriente bancaria tradicional puede prescindir del servicio de cheque, la de Ch.P.D. resulta inseparable de él.

De la comparación de las normas reglamentarias surge evidente esta diferencia sustancial. Así, la regla 1.2.3, referida a cuentas corrientes de cheques comunes, autoriza, además del servicio correspondiente a estos instrumentos, débitos por medio de transferencias, extracciones por cajeros automáticos y débitos internos. En cambio, la regla 1.2.3, referida a cuentas de cheques de pago diferido, autoriza débitos por estos títulos, y sólo con carácter accesorio los inherentes a extracciones y débitos por servicios. Si bien la reglamentación prevé la existencia de estos otros débitos, ellos son accesorios y no desnaturalizan la cualidad del servicio de cheque como elemento esencial de estas cuentas. El tercer párrafo de la regla 1.2.3, antes citada, reza textualmente: "*Adicionalmente* al débito por el pago de estos cheques, se admitían cuatro extracciones por mes calendario...". Es decir, la propia normativa reconoce el carácter accidental del resto de la operatoria que puede efectuarse por medio de estas cuentas. La

⁷ ¿Se podría sostener que el Ch.P.D. es un cheque posdatado con registro?

terminología utilizada por las normas legales sugiere esta diferencia. Mientras la cuenta corriente bancaria tradicional se define como tal con independencia de la referencia al cheque, la destinada a operar con Ch.P.D. se alude como "cuenta corriente de cheques de pago diferido", es decir, contempla como elemento definitorio de su propia identidad a estos títulos.

En el marco de la teoría de los contratos se podría sostener que la causa-fin inmediata⁸ del contrato de apertura de cuenta corriente bancaria de cheques de pago diferido es la utilización de estos instrumentos de crédito por parte de su titular. El llamado "pacto de cheque" es, por tanto, elemento esencial tipificante del contrato de cuenta corriente de cheques de pago diferido, en tanto ésta resulta inconcebible sin aquél.

Una interpretación contraria a la esbozada en los párrafos precedentes se puede sostener sobre la base de una estricta interpretación de la regla 1.3.7.1 de la reglamentación. En efecto, dicha disposición establece que "sólo se entregarán chequeras a los clientes que se le hubiera asignado un límite operativo", de donde se puede entender que la apertura de la cuenta corriente es anterior o independiente de la entrega de las chequeras y, por ende, del servicio de estos títulos. Creemos que la recta interpretación de la norma impone considerar que el banco debe fijar el límite antes de efectuar la apertura de la cuenta. A dichos efectos el cliente debe procurar a la entidad los datos que ésta solicite para el correspondiente estudio de crédito, en base a declaraciones, estados contables, títulos y demás documentación necesaria para este menester. Luego, fijado el límite se procederá a la apertura de cuenta y a la consecuente entrega de la chequera.

La estructura funcional del Ch.P.D., que sugiere esta idea de interdependencia bidireccional con la cuenta corriente (pues si ningún cheque puede prescindir de cuenta, en los de pago diferido es la propia cuenta que justifica su existencia por la de estos títulos), impone además la concurrencia de otro elemento imprescindible: la fijación del límite. La propia reglamentación, con una muy poca depurada técnica de redacción, convalida este acierto en la regla 1.1.1.3, 2º párrafo, al establecer que el libramiento de Ch.P.D. "quedará condicionado a la existencia de márgenes de registro". Resulta por demás claro, en consecuencia, que el sistema operativo de Ch.P.D. se integra con tres elementos de distinta identidad jurídica que funcionan de una manera tan interdependiente que ninguno puede prescindir de la presencia de los otros: la cuenta se justifica por la existencia de Ch.P.D. que, para su libramiento, exigen la fijación de un límite operativo que, a su vez y finalmente, no se concibe sino en función de una cuenta.

⁸ Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, t. 1, Ed. Zavalía, Bs. As., 1984, p. 254.

IV. *Responsabilidad del girado*

Establece textualmente el art. 54, segundo párrafo, de la ley 24.452, que "sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el derecho común, bajo ninguna circunstancia el girado será responsable si el cheque no es pagado a su vencimiento. Ni el registro del cheque, ni la determinación de límites de registro generan responsabilidad.

En el comentario a este artículo señala Gómez Leo⁹ que la indemnidad legalmente consagrada resulta inútil por inconducente, toda vez que la actuación negligente o dolosa del banco en la fijación del límite de registración, podrá conducir a la atribución de responsabilidad por las reglas del derecho común. Responsabilidad que será "asimilable a una suerte de concesión abusiva de crédito o calificación de riesgos errónea", en tanto elemento técnico que posibilitaría la acción defraudatoria del cliente. En otros términos, como bien se ha expresado, se trataría de una responsabilidad derivada de la actuación del girado como sujeto profesional en el manejo de dinero ajeno¹⁰.

La norma contempla tres hipótesis de indemnidad en favor del banco girado: una específica, referida a la falta de pago del cheque; y dos genéricas, derivadas del registro del documento y de la determinación del límite operativo.

El análisis de este último supuesto de irresponsabilidad reconocida en favor del Banco girado revela alcances insospechados. Como vimos en el punto II el esquema operativo del cheque de pago diferido (cuando éste no es avalado) implica para el banco el desarrollo de una actividad no comprendida dentro de las habitualmente llevada a cabo por él. Ello así, pues con el nuevo cheque los bancos evaluarán la solvencia y la capacidad de repago de sus clientes no ya en función de su propio riesgo e interés sino en el de los terceros que operará con dicho cliente y recibirán sus cheques.

En el análisis de esta problemática no se puede soslayar la regla 1.3.7.1 de la OPSAI 2-128, cuyo texto dispone que "sólo se entregarán chequeras a los clientes a los que se les hubiera asignado un límite operativo, de acuerdo con el estudio que efectúe la entidad, aplicando los criterios que en materia de política de crédito y con carácter general tenga establecidos cada entidad".

La norma transcrita indica claramente la aplicabilidad de los criterios de política de crédito de cada entidad a la evaluación del riesgo inherente a su cliente y la consecuente fijación del límite operativo. La disposición reglamentaria no aclara sí por "por política de crédito" entiende la que rige la actuación de la entidad para su propia

⁹ Gómez Leo, ob. cit., ps. 254 y ss.

¹⁰ Pablo C. Barbieri, *Nuevo régimen del cheque* . Ley 24.452, Ed. Universidad Bs. As., 1995, ps. 129/30

operatoria, o una establecida "ad hoc" para la operatoria de cheques de pago diferido. La expresión "los criterios...(que) con carácter general tenga establecidos cada entidad, empleada en la parte final de la norma sub exámine, nos inclina a pensar que se ha hecho referencia a la primera de las posibilidades preindicadas, esto es, a la política elaborada por el propio banco y a cuyas directrices se somete para la concesión de sus créditos, en el marco de las regulaciones del Banco Central de la República Argentina.

Si ésta es la hermenéutica adecuada de la norma, la solución propiciada por ella nos parece sumamente opinable atento a que, paradójicamente, el banco estaría aplicando su política de crédito a cuestiones que, por definición, no comprometen el propio.

Por otro lado, resulta criticable la norma analizada por disponer la aplicación de los criterios de política creditoria del banco para la fijación de los límites operativos, dado que en la elaboración de dicha política intervienen dos elementos de análisis: la situación del cliente y la situación del propio banco, y este último aspecto se halla ausente en el sistema de cheque de pago diferido. En otros términos, la política de crédito de un banco no depende sólo de las condiciones económicas, financieras y patrimoniales del eventual deudor (dato fundamental, sin duda), sino también de la situación económica, financiera y patrimonial de la propia entidad otorgante (sin entrar en análisis más subjetivos pero igualmente valiosos, como el referido a la idoneidad de quienes toman las decisiones en los diferentes bancos)

Resulta por demás claro, como ejemplo de lo antedicho, que la política creditoria de un banco de primera línea no es igual a la de otra entidad que no tiene esa jerarquía.

Luego, estimamos que la norma no es atinada por dos motivos: primero, por dejar librado a los bancos la apreciación del riesgo crediticio del cliente sobre pautas no objetivas; segundo –y más grave aún–, por disponer la aplicación de la política de crédito específica de la entidad, es decir, la que el banco emplea para el otorgamiento de los propios. Como se advierte, la primera objeción no es tan grave como la segunda, pues bien se pudo dejar librado a los bancos la fijación de los límites operativos, mas no sobre la base de su política particular de crédito, sino sugiriéndoles la aplicación de parámetros de mayor objetividad.

El análisis integrado de la norma del art. 54, 2 párrafo, de la nueva ley y el punto 1.3.7.1 de la Opasi 2 nos permite extraer algunas conclusiones que estimamos útiles para la mejor comprensión de las responsabilidades subyacentes en la operatoria con el nuevo cheque de pago diferido.

En primer lugar, a la luz de lo hasta aquí expuesto, parece claro que la exoneración de responsabilidades que consagra el segundo párrafo del art. 54 se circunscribe a las de carácter cambiario. Interpretación que resulta congruente con la frase inicial del párrafo, que

deja a salvo las responsabilidades del derecho común. En consecuencia, no podemos sino adherirnos a la opinión de Gómez Leo¹¹ al considerar a la norma de redacción desafortunada e inútil inclusión.

En segundo término, y sin pretender aventurar conjeturas sobre la suerte futura del instituto, parece razonable esperar que los bancos que implementen el sistema serán sumamente cuidadosos a la hora de seleccionar a los clientes que podrán operar con cheques de pago diferido. Asimismo, estimamos que los márgenes operativos serán evaluados con rigurosidad y concedidos con mesura. La responsabilidad profesional en juego, derivada del régimen general del derecho común y, en especial, de los arts. 512 y 902 del Código Civil, deberá ser tenida especialmente en cuenta por las entidades al momento de decidir sobre los tópicos referenciados. Se trata, como se advirtió precedentemente, de la responsabilidad del banco girado como sujeto profesional calificado en el manejo de dinero ajeno, pero entendiendo esta última expresión en el más literal de los sentidos. Por último, y en este mismo orden de ideas, consideramos que los bancos que decidan operar con el nuevo sistema deberán ser sumamente diligentes y cautos en su utilización, más aún de los que son en el manejo de sus propias carteras (a despecho de lo que establece la Opasi 2), atento justamente a la falta de compromiso del propio patrimonio.

¹¹ Gómez Leo, ob. cit., p. 253.