

Contratos Bancarios.

Ernesto Jinesta Lobo.

A. Definición

Los contratos bancarios no son más que el esquema jurídico de la operación bancaria o el antecedente conceptual que sustenta y explica la ejecución de la misma. () Contrato y operación, pueden ser simultáneos y confundirse en la práctica.

Existe entonces, un vínculo entre esos dos conceptos, puesto que estudiar los contratos bancarios es analizar las operaciones celebradas por las empresas bancarias, haciendo énfasis en los elementos jurídicos que concurren a la formación del acuerdo de voluntades.()

Sin embargo, son pocas las personas que, cuando efectúan una operación bancaria, se percatan que ha implicado, previa y necesariamente la celebración de un acto jurídico formal denominado " contrato".()

Así las cosas, las expresiones "operación bancaria" y "contrato bancario", se refieren al mismo conjunto de hechos, pero desde ópticas distintas: la operación significa la consideración del contenido económico del negocio financiero, en tanto que el contrato comprende la consideración de sus elementos jurídicos. ()

Hay quienes afirman que los contratos bancarios no constituyen una categoría jurídica, sino más bien una agrupación técnica, pues su particularidad está en la intervención de una empresa bancaria, que le impone las condiciones a su cocontratante. ()

La doctrina se ha debatido entre el objetivismo y el subjetivismo para ofrecer un concepto de contrato bancario. La tesis subjetiva (Arcangelli) sostiene que es contrato bancario todo aquél en que interviene un banco; la misma debe desecharse por cuanto lleva a reputar como tales los contratos de suministro y los laborales.

La tesis objetiva (Messineo), considera bancario aquel contrato que aun perfeccionado entre particulares, tiene como función recibir crédito para concederlos. () Para ese jurista italiano los elementos "masa" o "serie" no hacen a la calificación del contrato, ni en nada modifica ni cambia la estructura jurídica, y el contenido de los contratos conformados.

No obstante lo anterior, conviene tener presente que "... los criterios doctrinales subjetivos u objetivos puros, parecen no tener entidad suficiente como para poder arriesgar un intento definitivo de los contratos bancarios, sin caer en deformaciones o calificaciones ambulatorias". () Lo anterior nos obliga a la determinación de los elementos que nos pueden aproximar a los contratos bancarios: a) funcionalidad empresaria; b) profesionalidad; c) masificación contractual o contratación seriada y d) intermediación. Los demás elementos peculiares de éstos se encontraran en la relación contractual emergente, en el objeto de la contratación, en el acuerdo de voluntades. ()

Habiendo subrayado los inconvenientes de las tesis objetiva y subjetiva puras, podemos afirmar que habrá contrato bancario cuando una persona física o jurídica, acepte las condiciones propuestas por una empresa bancaria o entidad financiera autorizada por el Poder Público para intermediar monetaria o crediticiamente, a efecto de celebrar cualquier operación bancaria.

Contrato bancario es, entonces, un acuerdo de voluntades, en el cual por lo menos una de las partes es una empresa bancaria o establecimiento financiero, para crear, modificar o extinguir una relación jurídica cuyo objeto lo constituye una operación bancaria. ()

Sobre el concepto de "contrato bancario" conviene hacer algunas precisiones propuestas por el jurista brasileño DE CAMARGO VIDIGAL, al afirmar que la ley francesa de 13-6-41 implantó en Francia la costumbre de distinguir entre " la banque " y " l' établissement financier ", razón por la cual "Los contratos bancarios y las operaciones bancarias son figuras que comprenden los actos habitualmente practicados por todas las instituciones financieras, sin que sea válido restringir su comprensión a las que conserven la denominación de " banco ". ()

Conviene rechazar el término de "contratos financieros", pues el adjetivo " financiero ", se ha ligado tradicionalmente al debate de los fenómenos propios de las finanzas públicas.

La expresión "contrato bancario" puede tener, al mismo tiempo, varias acepciones: a) en primer lugar se puede llamar contrato bancario a los que no se pueden celebrar sin la participación de una institución financiera, a éstos los llama la doctrina "contratos bancarios típicos", b) se refiere a los contratos que cuando son celebrados por una institución financiera adquieren características particulares; a éstos se les llama "contratos bancarios por diferenciación", y c) se aplica a todo contrato celebrado por una institución financiera sin distinción. A éstos se les denomina "contratos de otorgamiento o intervención bancaria". ()

B. Contenido.

El contenido de los contratos bancarios está constituido por el crédito, entendido como el respaldo económico que ofrece una entidad financiera, por lapso determinado o indeterminado, a cambio de un precio. ()

El crédito es "... el suministro de dinero, o bienes y servicios para satisfacer las necesidades del negocio o mejor de las distintas etapas de la producción de determinada actividad económica". ()

También se ha indicado que el crédito "es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado, y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos". () En suma, el crédito constituye una transferencia temporal del poder adquisitivo a cambio de la promesa de reembolsar ésta, más sus intereses en un plazo determinado y en la unidad monetaria conve-

nida. ()

Por ello se ha dicho que los contratos bancarios son aquellos contratos donde una de las partes es un banco y cuyo objeto es el crédito.

El crédito tiene una importancia medular, pues le permite al que lo utiliza el uso anticipado del dinero, bienes y servicios que de otro modo hubiese tenido que aguardar para su obtención. Así una empresa que requiere materia prima o maquinaria, no tiene que esperar a vender su producción actual para adquirirla, merced al crédito otorgado por su proveedor o un banco la adquiere anticipadamente. Asimismo, si no ha podido vender su producción de contado, puede obtener liquidez descontando las facturas o letras expedidas al momento de vender su producto. ()

C. Caracteres.

A continuación expondremos de manera sucinta las principales características de los contratos bancarios:

1) Intuitae personae:

El manejo del crédito supone la concesión recíproca de la más alta confianza. Si bien la empresa bancaria o establecimiento financiero presta servicios generales, no por ello lo hace indiscriminadamente, sino que escoge con cautela su cliente para mantener su prestigio y no ser sorprendido por un sujeto de escasa solvencia moral y económica. Lo anterior explica la facultad

de rescisión, una vez incumplidas las condiciones económicas y morales tomadas en cuenta al celebrar el contrato, que le asiste a la empresa bancaria.
(17)

2) Adhesivo:

Las entidades financieras celebran sus negocios en forma masiva, por lo que los contratos responden a formas o módulos preestablecidos y en serie. () Sea, la contratación bancaria se caracteriza por ser dictada o de formulario. () Esto deriva de la participación de una empresa, la cual le impone unilateralmente sus condiciones a su cocontratante, el cual puede aceptarlas o rechazarlas, pero nunca modificarlas.

El contrato sigue sustentándose en el consentimiento, solo que la coincidencia de voluntades sigue aquí un proceso más simple y más rápido: una voluntad se impone y otra se somete. Más que consentimiento, se da un asentimiento o adhesión al esquema negocial preestablecido por la entidad bancaria. El contenido sigue siendo contractual pues la adhesión es un acto de libre voluntad, empero la oferta y la aceptación se distinguen por ser la primera general y permanente para una multitud de contratos iguales, en tanto que la adhesión es individual y transitoria. ()

De esta manera la entidad le impone a su cliente sus formularios (esquemas contractuales estandarizados) y condiciones generales. Esta característica no debe dar pie a la introducción de cláusulas de responsabilidad (prohibidas por el art. 1023.2 del Código Civil) ni

condiciones excesivas o injustificadas que configuren abuso de derecho (art. 12 ibid).

3. Buena fe:

El principio de la buena fe tiene en la contratación bancaria una aplicación continua, tanto en su formación, ejecución e interpretación. ()

4. Rápido perfeccionamiento y fácil constatación de su ejecución:

Por tratarse de una contratación masiva, exige ese doble requisito. La primera exigencia se logra mediante la uniformidad de las cláusulas y contratos de formulario impresos; la segunda se obtiene mediante los asientos de contabilidad. ()

5. Secreto bancario:

Se trata del deber de confidencialidad impuesto a las entidades financieras, y que constituye prácticamente una obligación profesional, consistente en no revelar informaciones sobre las fuentes, destino y cuantía de las operaciones realizadas con sus clientes, y de los estados financieros de éstos. ()

Por razones de interés público, la obligación del secreto refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello asegura, a su turno, un alto porcentaje de depósitos, en volumen sostenido de negocios y,

en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto bancario, emigrarían a países donde se facilitan este tipo de seguridades. ()

Este deber constituye parte esencial de la relación de confianza existente entre el banco y su cliente, asimismo "...forma parte integrante del sistema de defensa de las libertades individuales (derecho a la libertad y a la personalidad) al tiempo que facilita, en beneficio del interés público, el ejercicio de la profesión bancaria ". () El secreto bancario encuentra sustento en nuestra Carta Magna, artículo 24, Código de Comercio, art. 615, Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias, art. 8.

6. Atipicidad

La ausencia de una regulación normativa acabada sobre los contratos bancarios no es de sorprender, pues si bien el comercio de banca es antiguo, su desarrollo en formas actuales es reciente. A juicio de PLAISANT, los contratos bancarios han surgido de una industria nueva, y no se les puede aplicar textos redactados en una época en que no existían, ni por asomo, las necesidades económicas que han generado su florecimiento. ()

Ese mismo jurista francés afirma que" Actualmente, después de los contratos de transporte, son los contratos bancarios los más frecuentes en la práctica, y, sin embargo, todavía no han sido objeto de una regulación especial. Esfuérezase el juez por aplicarles los principios establecidos en los códigos para otras materias ... pero ninguno de aquellos se ajusta realmente al

derecho bancario, por manera que las construcciones doctrinales y jurisprudenciales son, en verdad inseguras, incompletas y precarias ". ()

Estas afirmaciones son válidas para nuestro medio y en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas y europeas, siendo una de las pocas excepciones la italiana, al tener el Codice Civile un capítulo destinado a esos contratos.

7. Contratos de empresa:

Se trata de formas jurídicas de las que se sirve la empresa bancaria para explotar con terceros su actividad económica (). Por ello se les denomina "contratos en masa ", que responden sustancial y estructuralmente a una pauta económico-jurídica constante y uniforme propia de la actividad jurídica de la empresa bancaria. ()

D. Clasificación.

1. De acuerdo a su contenido:

Desde esta perspectiva se habla de contratos típicos y atípicos o conexos de la empresa bancaria, según que tengan o no por objeto una operación de crédito, o según que su realización en masa, esté o no permitida desarrollar a entidades que no tengan el carácter de empresa bancaria. ()

Los contratos típicos o fundamentales son aquellos a través de los

cuales la empresa bancaria cumple su función básica de intermediación en el crédito (). Los atípicos o accesorios son aquellos conexos a la actividad de la empresa bancaria y sólo coadyuvan al cumplimiento de sus objetivos primordiales; por intermedio de estos últimos las entidades financieras prestan servicios, en términos competitivos para atraer clientela. ()

Existe una última categoría, la de los "contratos ocasionalmente bancarios ", llamados así por cuanto la empresa bancaria en el ejercicio de su compleja actividad, se vale de instrumentos negociales que el ordenamiento jurídico le ofrece a la generalidad. Tales contratos no se transforman en bancarios por su inserción en la empresa, pero sí sufren modificaciones en su disciplina como efecto de participar la empresa bancaria. Son ocasionalmente bancarios, porque se comprenden en la actividad de intermediación en el crédito, (vg. muto, aval, mandato de crédito, aceptación cambiaria, etc.). ()

Los contratos típicos guardan una conexión jurídica con la empresa bancaria, en tanto que los atípicos y ocasionales un ligamen técnico y económico respectivamente. ().

2. De acuerdo a la operación que anteceden:

Los contratos bancarios tienden a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica que tiene por objeto una operación bancaria. Por ello se habla de contratos que anteceden operaciones activas, pasivas y accesorias o neutras. ()

Esta clasificación surge de los tipos de operaciones bancarias existentes, conforme un criterio jurídico, que toma en consideración el rol desplegado por la empresa bancaria en sus relaciones con la clientela. () En nuestro ordenamiento jurídico esa clasificación tiene especial relevancia pues fue la adoptada por el legislador en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (arts. 58-73) y Ley Reguladora de las Empresas Financieras No Bancarias (arts. 12-14). Las operaciones pasivas son aquellas por las que el cliente le concede crédito a la empresa bancaria, asumiendo ésta el carácter de deudor o sujeto pasivo de la relación obligatoria. Por virtud de las mismas la banca se procura los medios económicos para desarrollar su propia actividad. () Las operaciones pasivas, contablemente, constituyen partidas del pasivo del balance. Como ejemplos de las mismas tenemos el redescuento, el depósito irregular (en cuenta corriente o a la vista, a término y de ahorro), emisión de obligaciones y otros títulos.

Por las operaciones activas la empresa bancaria concede créditos a sus clientes (), traduciéndose desde una perspectiva contable en partidas del activo del balance. () Gracias a las mismas, la banca invierte los medios monetarios que se ha procurado por medio de las operaciones pasivas, asumiendo el papel de acreedor o sujeto activo de la relación obligatoria. () Entre ellas podemos citar el préstamo, descuento, apertura de crédito, crédito documentario y otras modalidades novedosas como el leasing financiero y el factoraje.

Por las operaciones neutras o complementarias la empresa bancaria no recibe ni concede créditos, "... se distinguen porque más que intermediación

crediticia existe una mediación por parte del banco en los cobros, en los pagos, en el desempeño de ciertos servicios por cuenta de sus clientes o en ellas los bancos se limitan a recibir bienes en simple custodia o administración, pero no en depósito irregular ". ()

En suma, este tercer grupo incluye las operaciones de mediación y las de custodia strictu sensu. Ejemplos de las mismas son el mandato, comisión (en general la intermediación en cobros y pagos), depósito regular, cajas de seguridad y el fideicomiso. () ()

E. Necesidad de un derecho contractual bancario

La empresa bancaria está sujeta a un estatuto jurídico-público, y a un estatuto jurídico-privado, es decir, el derecho bancario posee dos órbitas una institucional y otra operacional. Este último perfil está regulado por normas jurídico privadas, y es lo que se denomina " derecho contractual bancario "; a esta ramificación del derecho bancario se le ha considerado parte del derecho mercantil, sin que ello sea óbice para reconocerle autonomía doctrinal, didáctica y legislativa, la cual se impone por los siguientes aspectos: a) sistematización de la materia, b) necesidad de estudiar las singulares características técnicas del derecho bancario, que han dado " lugar a la creación de nuevos tipos de relaciones y negocios jurídicos, de combinaciones contractuales nuevas que exigen un tratamiento jurídico diverso del tradicional recogido en los Códigos de Comercio " (); c) por las exigencias que impone la contratación en masa.

En nuestro ordenamiento jurídico carecemos de una disciplina jurídica exclusiva para los contratos bancarios, fenómeno que padecen casi todos los países latinoamericanos y precisamente " Tal ausencia de sistemática y dogmática bancaria en los códigos de comercio ha dado lugar a que las legislaciones bancarias adquieran carta de autonomía legislativa Hoy la actividad bancaria ya no cabría en los viejos moldes que regulaban las relaciones jurídicas. La organización en masa de los negocios bancarios y su influencia en la economía nacional han hecho necesaria la creación de un derecho nuevo." ()

Ni el Código de Comercio, ni la LOSBN, ni la Ley Reguladora de las Empresas Financieras No Bancarias, tipifican los contratos bancarios (excepción hecha de la cuenta corriente bancaria 612 y ss. Código de Comercio).

La insuficiencia de los esquemas contractuales clásicos, frente al dinamismo de la organización empresarial y el tráfico mercantil imponen la impostergable necesidad de normar a corto plazo y de forma detallada, todo en aras de los supremos principios de la seguridad y certeza jurídicas, en las relaciones privadas entre la empresa bancaria y su clientela.