

El concepto de operación bancaria

Ernesto Jinesta Lobo

El presente constituye el primero de una serie de tres artículos en los que se abordan los conceptos de operación bancaria, empresa bancaria y contrato bancario.

La empresa bancaria está sujeta a un estatuto jurídico público y privado (), en otras palabras el Derecho Bancario tiene dos perfiles claramente definidos, uno institucional y otro operacional. () El primer aspecto está regido preponderantemente por normas de derecho público administrativo (que regulan la organización, capital, reservas, encajes, control y fiscalización de los bancos), dada la función básica de intermediación en el crédito de la empresa bancaria. Lo cual obedece a una forma de tutela estatal del ahorro y el crédito públicos y del impulso de políticas crediticias y de producción. El segundo perfil se rige preponderantemente por normas de derecho privado (más concretamente derecho mercantil, v. art. 3 párrafo 24 Ley General de Administración Pública), sin dejar de sentirse la influencia de la normativa pública; esta última perspectiva se ha llamado "Derecho Contractual Bancario", el cual en nuestro ordenamiento se encuentra integrado por los usos, costumbres y prácticas bancarias. Es sobre este perfil, aspecto o perspectiva del Derecho Bancario entorno al cual giran el artículo que se ofrece y los que se ofrecerán. Con esta serie de artículos se pretende lograr un primer acercamiento a tales categorías dogmáticas del Derecho Bancario, que no han sido desarrolladas en la doctrina nacional.

Esta primera entrega versa sobre el instituto de la operación bancaria, su definición, criterio de delimitación y la determinación del concepto de empresa bancaria, todo ello a la luz de la doctrina y legislación (Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica - LOBCCR -, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional - LOSBN -, y Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República).

En los dos artículos siguientes veremos las clasificaciones de las operaciones bancarias; definición, caracteres de los contratos bancarios, y el vínculo existente entre operación bancaria y contrato bancario.

1. Definición

La actividad bancaria se desarrolla en una serie orgánica de operaciones, regidas por normas jurídicas contractuales.() Lo anterior significa que la actividad bancaria se concreta en una serie de operaciones. () En tal sentido nos indica FERRI que " La banca ejercita su actividad empresarial a través de una serie de actos, por lo demás homogéneos en cuanto a su naturaleza y su función económica, coordinados en vista del fin que la banca se propone, actos que comúnmente vienen designados como " operaciones de banca " u " operaciones bancarias ". ()

El término " operación bancaria " califica el conjunto de actos realizados por la empresa bancaria, para la consecución de sus propios fines. ()

Cuál es entonces la diferencia con la operación de crédito cual se ha confundido y asimilado no en pocas ocasiones.

En sentido jurídico-económico existe una operación de crédito cuando, en una relación de dar o de poseer existente entre dos sujetos, se da en " un primo tempo ", para recobrar después en " secundo tempo " lo que se ha dado.
()

Habiendo definido la operación de crédito con viene ahora determinar los elementos o características esenciales de la misma:

1. El término o plazo. La transmisión del acreedor al deudor, está separada en el tiempo, por un término de retransmisión del deudor al acreedor. () En tal sentido señala FOLCO que "... sólo en cuanto la prestación de restitución se prorroga por la presencia de' un término, puede concebirse una operación de crédito ". ()

Este elemento no es exclusivo de la operación de crédito, pues es consustancial a todos los derechos de crédito, lo que implica que toda operación de crédito es una operación a término, pero no toda operación a término es una operación de crédito. ()

2. Fiducia o confianza, la cual es un elemento indefectible sin el cual las partes no celebran la operación. ()

La fiducia no es exclusiva de la operación de crédito, pues se da en el mandato, arrendamiento, etc. en diferentes grados y con diversos efectos jurídicos. Puede, eventualmente, darse el caso de una operación que alguien

se vea forzado a efectuarla, o bien impuesta por una operación previa y principal, sin que el acreedor le tenga confianza alguna al deudor. ()

3. Uno de los elementos esenciales y exclusivos de la operación de crédito, desde una perspectiva tradicional, lo constituye la transferencia actual de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor, quedando diferida la contrapartida, esto es, la prestación correlativa, por parte del deudor, de una cosa que representa el equivalente de la propiedad adquirida por él. ()

Este elemento es tan importante que se le ha denominado el "mínimo común denominador" de la operación de crédito. ()

La contrapartida del deudor ha de ser de un valor económicamente equivalente y no de la misma cosa, individualmente considerada, que fue objeto de la transmisión inicial; por lo anterior doctrinalmente se distingue entre operación de crédito a "contrapartida homogénea", y operación de crédito "a contrapartida heterogénea", según que el deudor deba restituir bienes del mismo género, especie y calidad de los que el recibió o deba devolver un bien diverso, de otro género, especie o calidad. ()

Del anterior elemento constitutivo se derivan los siguientes corolarios:

a) La operación de crédito tiene que tener por objeto cosas apropiables y fungibles. Aun cuando hablamos de operación a contrapartida homogénea, se excluye la identidad entre la cosa dada y la que se restituye, pues una obligación de restituir idéntica cosa sería incompatible con el traspaso de la

propiedad, por ello en la operación de crédito se presume la fungibilidad de la cosa (debiéndose tener en cuenta sus caracteres genéricos). Lo anterior, implica la posibilidad que el deudor tiene de convertirse en propietario de la cosa, pudiendo disponer de ella, enajenándola o consumiéndola, con la obligación de reintegrar al patrimonio del acreedor otra cosa del mismo género, especie y calidad ("tantundem").()

b) No cabe operación de crédito gratuita. ()

c) Operación de crédito no es sinónimo de operación de cambio, por ello algunos prefieren hablar de contrapartida y no de prestación o contraprestación.

En doctrina se distingue entre operaciones de crédito principales y accesorias. Siendo las primeras aquéllas en que la dación constituye la causa esencial y dominante de la operación (se busca proporcionar y conseguir el goce o disponibilidad de una cosa fungible - por lo general dinero - por cierto lapso, pactado antes o después de la operación). Las accesorias buscan un fin distinto (cambio de una cosa por otra - permuta -, o el cambio de una cosa por un precio - compraventa -); en ellas la concesión del crédito aparece como una modalidad de un negocio que tiene finalidades propias y diferentes. ()

Así las cosas, tenemos que las operaciones a contrapartida heterogénea son siempre operaciones de crédito accesorias y las operaciones a contrapartida homogénea son, por lo general, principales. ()

Estas operaciones caracterizadas por la concesión de crédito constituyen la categoría general de los negocios de crédito, los que se han definido como "aquellos negocios en los cuales quien da crédito transmite la propiedad de cosas fungibles (por lo general dinero), recibiendo el derecho de crédito a obtener una cantidad equivalente, y quien recibe el crédito adquiere la propiedad contrayendo la obligación de la restitución del " tantundem " dentro de un término establecido". ()

Visto el concepto de operación podemos tratar ya de definir el de operación bancaria, para lo cual debemos tener en consideración tres elementos básicos: 1) su naturaleza jurídica o finalidad: 2) el sujeto que la ejecuta; y 3) el objeto o finalidad de la misma.

En tesis de principio, podríamos definir la operación bancaria como la operación de crédito realizada por una empresa bancaria, esto es, en masa y con carácter profesional, a los fines de intermediar en el crédito. ()

Las operaciones bancarias implican normalmente la realización de un negocio de crédito (en el cual hay transmisión actual de la propiedad de una cosa, de una persona a otra, con cargo de la última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente de la misma especie y calidad, recayendo sobre cosas fungibles, siendo oneroso).

Lo que debe quedar claro es que no siempre las operaciones bancarias, efectuadas por una empresa bancaria implican normalmente la realización de una operación de crédito, sino que se refieren a otras posibilidades

intermediadoras en las cuales no existe adquisición ni transmisión de la propiedad, tratándose la mayoría de las veces de servicios que encuentran su sustento no en un contrato de crédito sino en otro esquema jurídico. ()

Por ello, es necesario ofrecer una definición de operación de crédito que comprenda aquellas operaciones intermediadoras no basadas en una operación de crédito y los servicios que la empresa bancaria presta a su clientela. Así, diremos que operación bancaria es aquel acto u operación realizada por una empresa bancaria o intermediario financiero, esto es, en masa y con carácter profesional a los fines de captar recursos de la comunidad, de otorgar créditos a través de operaciones crediticias, financieras y de inversión, y de otorgar servicios a su clientela. ()

En la doctrina francesa, ante las nuevas técnicas financieras y bancarias, se han reformulado los conceptos de crédito y operación de crédito.

RODIERE y RIVES-LANGE han manifestado que el derecho de las operaciones de crédito ha conocido una evolución notable que se caracteriza por la aparición de nuevas técnicas. () También, se ha afirmado que no todas las operaciones de crédito emplean la técnica del préstamo, sino que hay otras que ponen en práctica instrumentos o institutos jurídicos muy diferentes como por ejemplo el contrato de leasing financiero. ()

La doctrina francesa insiste en que la operación de crédito es una noción económica que recoge diferentes estructuras jurídicas (acto, contrato, etc.) y que debe, ante todo, considerarse la finalidad de cada operación y no la

técnica, ya que sería erróneo asimilar toda operación de crédito a un préstamo en su modalidad de mutuo. ()

2. La operación bancaria como acto de empresa

En este aparte se impone, de previo, la definición de empresa bancaria. Diremos que la empresa bancaria se caracteriza por la actividad que desarrolla la intermediación en el crédito, en la captación del ahorro entre el público bajo diversas formas en el ejercicio del crédito. ()

De modo que debe existir una correlación o ligamen funcional entre las actividades de captación del ahorro entre el público y la del ejercicio del crédito (). No siendo suficiente la sola captación del ahorro o el ejercicio del crédito con dinero no recogido del público, para hablar de actividad bancaria o de empresa bancaria. ()

Es indudable que la función esencial de la banca moderna constituye la captación a crédito de las masas monetarias de los ahorrantes, para distribuir las, también a crédito, entre sus clientes; en un ejercicio sistemático, orientado al fin de obtener, con el menor riesgo, el máximo de beneficios útiles para la empresa. ()

Existen, entonces, dos elementos o caracteres básicos para que una empresa encuadre dentro del concepto de bancaria: 1. Correlación funcional entre las actividades de captación y ejercicio del crédito; 2. ejercicio conjunto de las funciones de captación crediticia y de ejercicio crediticio. ()

Hay quienes definen la empresa bancaria como aquella dotada de una gran organización y de notable fuerza económica, orientada a la actuación de la industria del crédito tanto de modo directo como indirecto bajo formas particulares de organización interna. () FOLCO, también reputa la empresa bancaria, como aquella que ejercita la industria del crédito, al decir que la banca no sólo intermedia sino que también transforma el crédito, de ahí que su función fundamental es la de intermediación industrial del crédito. ()

La actividad bancaria, que hemos referido, ejercitada en forma profesional, no es libre sino que se encuadra dentro de un ordenamiento público, inspirado en el principio de que la función de captación del ahorro entre el público y el ejercicio del crédito son de interés público (), de ahí que la empresa bancaria esté sujeta a la autorización de determinados órganos, para que inicie sus funciones, y al control y vigilancia de ciertos organismos especializados. ()

La función de intermediación en el crédito, esencial desde el punto de vista económico en la noción de empresa bancaria moderna, ha sido asumida por diversas leyes bancarias para someter a una particular disciplina las haciendas de crédito, cualquiera que sea su naturaleza (pública o privada) o dimensión, que captan el ahorro y ejercitan el crédito. () En nuestro ordenamiento financiero es recogida por el art. 59 de la LOSEN al disponer que " Solo los bancos del Estado podrán recibir depósitos en efectivo e invertirlos en operaciones comerciales o de crédito con otras personas".

En nuestro ordenamiento bancario se debe distinguir entre la denominación "banco", de los conceptos de empresa bancaria y actividad bancaria. El art. 7 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional dispone que " Solamente los bancos establecidos conforme con lo dispuesto en esta ley podrán usar en su nombre comercial, en la descripción de sus negocios, en la papelería o en la publicidad, las palabras "banco" o "establecimiento bancario", o derivados de esos términos que califiquen sus actividades como de carácter bancario... ", sin embargo el art. 124 de la Ley Orgánica del Banco Central, al indicar el campo de fiscalización de la Auditoría General de Entidades Financieras establece o admite que puedan existir empresas que realizan una función intermediadora en el crédito (actividad bancaria) y que no se llaman bancos. ()

En otras palabras, no es necesario llamarse "banco " o "establecimiento bancario", para ejercitar una actividad bancaria y ser una empresa bancaria.

Lo anterior obedece a que en relación a los bancos comerciales del Estado y los privados (art. 1 LOSBN), no existe la menor duda que intermedian en el crédito, la duda podría surgir en cuanto a las "Empresas Financieras no Bancarias" (Ley 5044 y sus reformas), sin embargo la misma se disipa por lo dispuesto en el art. 1 de la ley 5044 y sus reformas " ... se consideran empresas financieras de carácter no bancario todas las personas físicas o jurídicas no integrantes del Sistema Bancario Nacional, que actúen directa o indirectamente como intermediarios financieros en el mercado nacional o extranjero; o que participen en cualquier forma en este tipo de intermediación, en el entendido de que esta participación se configura por el

solo hecho de la captación de recursos del público inversionista, cualquiera que sea el tipo de documento en el que se formalice la obligación, y cualquiera que sea la finalidad a que estén destinados esos recursos ... ". En otros términos, las " Empresas financieras no Bancarias " al poder conceder préstamos o créditos - operaciones activas - (v. art. 12 Ley 5044 y sus reformas) y al captar recursos a través de la emisión de certificados de inversión y otros títulos valores - operaciones pasivas - (v. artículo 14 ibid.), son típicas empresas bancarias. ()

En tal sentido JIMENEZ SANDOVAL ha afirmado que ' En todo caso, aunque la ley expresamente señala que no son entidades bancarias, al llevar a cabo la intermediación financiera, es, doctrinariamente cuestionable, que no sean al menos ' empresas bancarias ' ". ().

3. Criterio de distinción

Estructural y jurídicamente, las operaciones bancarias son esencialmente idénticas a otras operaciones no realizadas por una empresa bancaria. La praxis demuestra como, entre las operaciones que practican las empresas bancarias, hay algunas que también, y con mayor frecuencia en algunos casos, realizan otras empresas que no asumen el calificativo de bancaria o un particular en forma aislada. ()

El criterio distintivo no está en las diversas formas contractuales empleadas, puesto que son idénticas; tal criterio diferenciativo ente la operación bancaria y la no bancaria, radica en la intervención de la empresa

bancaria, y en la notas de profesionalidad, habitualidad, actuación en masa y ánimo de lucro que tal concepto implica.

En punto al criterio distintivo señala PRATIS que la operación bancaria se caracteriza por la cualidad profesional del sujeto empresario bancario, el cual no ejercita su actividad esporádicamente, sino más bien sistemáticamente, por lo que las operaciones bancarias son operaciones en masa o en serie, no aisladas, ni jurídica ni económicamente individualizables, esto es, realizadas con una serie indeterminada de personas. ()

Lo anterior impone una serie de corolarios: a) la necesidad de estandarizar los esquemas y las condiciones de los contratos que dan origen a tales operaciones, lo que se logra jurídicamente a través de la previsión de las condiciones generales de tales contratos (art. 1023 C.C. por tratarse de contratos de adhesión) o de la adopción de módulos y formularios, y también a través de la elaboración de normas uniformes bancarias, sean internacionales o internas; b) necesidad de simplificar las relaciones jurídicas, a través de la adopción de documentos de legitimación o de títulos valores. ()

La homogeneidad de las operaciones bancarias, crea entre los clientes de la banca una comunidad de intereses, cuya tutela trasciende los límites de la esfera individual de cada uno de ellos, y asume los caracteres de la tutela de un interés colectivo, transformándose en un interés público, en cuanto el Estado dándose cuenta de la debilidad de la posición de la clientela bancaria, asume tal defensa para lograr un justo equilibrio de la economía la a crediticia. ()

La operación en masa permite la aplicación a los actos reducidos a esquemas elementales, la ley de los grandes números, la eliminación del riesgo inherente a un acto individualmente considerado y la simplificación de su estructura jurídica a esquemas sencillos o esenciales. ()

La realización en masa, en serie, de esas operaciones supone, que se efectúan profesionalmente y con ánimo de lucro, y " Este hacer profesional invoca sin esfuerzo, la idea de empresa, como organización adecuada. No cabe una realización profesional de operaciones bancarias, si no hay una empresa bancaria". ()

Lo anterior nos lleva a la conclusión muy controvertida en doctrina, cual es la de no concebir una operación bancaria en la que no participe una empresa bancaria. En suma, no hay más operación bancaria que aquella en que interviene una empresa bancaria. Y a la inversa, sólo las empresas bancarias pueden efectuar operaciones bancarias.

El anterior es el criterio mayoritario en la doctrina, y podríamos denominarlo el criterio de la empresa - subjetivo -, frente al cual se ha levantado la posición objetiva. Los sostenedores de esta última tesis, que son básicamente MESSINEO y PAVONE LA ROSA, argumentan lo siguiente: la operación bancaria o el contrato bancario tienen elementos típicos inherentes al acto y no al sujeto que les pone en ejecución a la actividad desarrollada por éste.

Excluída, así, toda dependencia en el plano jurídico entre actividad bancaria y contrato bancario, no es la banca la que califica a los contratos bancarios, sino que los contratos bancarios califican a la banca. De modo que si al concepto de banco llegamos a través de las operaciones que los bancos realizan, parece evidente que el elemento empresa bancaria no puede ser ingrediente de la definición de operación bancaria. Esta sería un prius y no un posterius. ()

Para estos autores, que asimilan los conceptos de operación y contrato bancarios, éstos últimos son un subtipo de contrato de crédito, que se distinguen por poseer sus propias connotaciones: tener por objeto moneda, importando siempre una deuda de valor, ejecución continua, onerosidad, consensualidad y en el hecho de generar una obligación de restitución vinculada a un término.

Afirman que definir operación bancaria como aquella en que tiene participación la banca, implica caer en un círculo vicioso. Consideran, entonces, que las operaciones de banca deben identificarse sobre la base de una pura actividad de interposición en el crédito, esto es, que la operación que da lugar a la interposición en el crédito es operación de banca, cualquiera que sea el que la realice. ()

La aparente tautología que los objetivistas le atribuyen a los subjetivistas, se disipa tan pronto como se piensa que lo que realmente define una empresa bancaria no es el pactar contratos que también concluyen quienes no son banqueros, sino el hacer de la repetición de esos contratos una

industria especial, caracterizada por la interposición en el crédito. () Por eso es que LIBONATI cataloga los contratos bancarios como típicos contratos de empresa. ()