

y a los prisioneros. Igualmente, se cita como antecedente muy destacado el denominado Código de Hammurabi en Babilonia, del cual se infiere que las actividades comerciales desarrolladas por sacerdotes y laicos y, más aún, las que podríamos llamar bancarias, habían adquirido tanta importancia que merecieron una detallada y prolija reglamentación.

En Grecia, en una economía en donde la moneda ya desempeñaba un papel muy importante, se conocieron y reglamentaron las labores de los “trapezitas”, propiamente prestamistas, y de los “colubitas”, cambistas, cuyas actividades florecieron en Atenas. Entre ellas merecen destacarse, como antecedentes del seguro marítimo, las operaciones de préstamo a la gruesa, consistentes en que el banquero entregaba al prestatario una suma que éste sólo devolvía si las mercancías llegaban a salvo a puerto.

En Roma, si bien los historiadores parecen coincidir en que en una primera etapa su organización inmobiliaria y formalista dio poca cabida a las regulaciones mercantiles, lo cierto es que, por lo menos a partir de los contactos con Grecia y el desarrollo de las relaciones con otros pueblos, aparecieron los “numularii”, cambistas, y los “argentarii”, propiamente banqueros. Como sus congéneres griegos, los romanos desarrollaban toda una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus clientes, liquidación de herencias por el sistema de remate, entrega de dinero a interés, testificación de contratos, recepción de depósitos, etc. A lo que puede agregarse el sistema contable, cuya evolución fue particularmente destacada.

Más adelante, como consecuencia de las invasiones bárbaras, se presentó una congelación en el movimiento comercial entre los pueblos de occidente que, además, se dificultó ante las prohibiciones de la Iglesia al reprobar como inmoral el préstamo a interés, lo que al decir de muchos explicó el notable desarrollo de esta típica operación bancaria entre pueblos no cristianos, especialmente los judíos. No obstante, las Cruzadas favorecieron el intercambio y la comunicación e impusieron a quienes se desplazaban en ellas la necesidad de transportar dinero y remitirlo a sus lugares de origen, presentándose un florecimiento de la actividad comercial y, por ende, de la bancaria. Se reconoce, por ejemplo, a los Templarios, caballeros banqueros, una función muy importante porque, sustentados en sus fuerzas militares, estaban en condiciones de garantizar no sólo el transporte de especies monetarias, sino su misma conservación, al recibirlas en depósito. Entre sus actividades estaba el alquiler de cajas fuertes a sus clientes, a quienes les daban una llave idéntica a la suya, antecedente incuestionable del moderno servicio de cajillas de seguridad. Un papel importante se les concede también a los orfebres, quienes trabajando con metales preciosos y ante los riesgos suscitados por el bandolerismo y la codicia general

que ellos despertaban, tuvieron que valerse de peculiares sistemas de protección y seguridad. En esta forma, al lado de su actividad principal, pudieron ofrecer, a quienes carecían de idénticas medidas de seguridad, las derivadas de sus propios sistemas, recibiendo sus especies preciosas en custodia, a cambio de las cuales expedían un certificado en el cual constaba su recibo, su posesión daba lugar a que, en ocasiones, el titular del depósito, en lugar de reclamar en forma directa los bienes para enajenados con posterioridad, transfiriera el documento a un tercero para que éste procediera, bien a demandar la entrega de los bienes, ya a negociar el título, a su turno, con otra persona. Pero al mismo tiempo, y en una forma empírica se constató que por esta vía los bienes y monedas entregados en custodia permanecían indefinidamente y en un volumen apreciable en manos de los depositarios, de donde, primero en forma censurable, pero después legitimada por su repetición, los orfebres comenzaron a transferir los bienes o a otorgar crédito con base en los depósitos en su poder. Todo esto permitió una utilización, por parte de los tenedores, de los certificados como instrumento de cambio, y de los depositarios, de los bienes recibidos como base para conceder crédito.

Continuando a saltos el proceso histórico, mencionemos cómo el desarrollo de las ferias medievales estimuló la actividad de los cambistas debido, en gran parte, a la diversidad de monedas y a la necesidad de reducir los riesgos de su traslado. A finales del siglo XIV y comienzos del XV aparecen diversos organismos financieros, desde los “Montes” para financiar las municipalidades, hasta bancos como la “Casa di San Giorgio”, en Génova.

Con el descubrimiento del Nuevo Mundo, la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamo, la banca adquirió una especial personalidad y se configuró con sus características modernas, dentro de las cuales se destaca la presencia del billete como forma monetaria, ya no vinculado a la existencia de unos determinados bienes en depósito, ni emitido tampoco a un beneficiario particular, sino expedido al portador, transferible por simple entrega y con la función primordial de instrumento cambiario. La banca contemporánea se caracteriza por integrarse dentro de un sistema que, como veremos, suele tener a su cabeza un banco central y está regido por normas particularmente estrictas.

Pero todo lo anterior, que puede consultarse con ventaja en numerosos autores⁴, resulta secundario frente al principio general que

4. CHACON, Néstor. Banca Central. Bogotá 1991. MARTINEZ, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario. Ed. Legis. Bogotá 2004. GAVIRIA, CADAVID, Fernando. Moneda, Banca y teoría Monetaria. Ed. Banco de la república. Bogotá 1997.

quisiéramos señalar en forma destacada para explicar lógicamente la existencia de la banca como concepto y, en especial, de la banca contemporánea. Para hacerlo tenemos que regresar un poco y precisar algunas naciones vinculadas a la historia de la moneda, que ya mencionamos rápidamente al hablar del Derecho Mercantil.

1.2 La noción del dinero y su papel en las economías monetizadas

La vigencia del denominado principio “de la división del trabajo” produjo el cambio y con él la circulación y distribución de la riqueza. En un primer momento dicho cambio se realizó por el simple sistema de trueque, vale decir, por el cambio físico de unas cosas por otras, con los innumerables inconvenientes que ello producía. Piénsese, por ejemplo, en la falta de coincidencia entre las necesidades recíprocas, en la desigualdad entre las cantidades disponibles para cambiar y en la inexistencia, entre otras, de un criterio de relación que permitiera evaluar el aprecio o contenido patrimonial que cada parte le atribuía a los bienes disponibles para ser cambiados. Ello originó la necesidad de establecer una medida a la cual pudieran referirse las cosas para apreciar su valor. Pero en esa tendencia fue preciso buscar una forma universal y representativa, es decir, aceptable para todos y de evidente contenido patrimonial, que permitiera descomponer el trueque en dos operaciones opuestas y complementarias, con relación a un patrón o medida de valor que sirviera de intermediario en los cambios.

Las distintas sociedades conocieron diversas formas de moneda. Los historiadores mencionan, entre otras, las pieles, los esclavos, el ganado, los tejidos, las maderas, etc. Dada entonces en cualquiera de estas organizaciones una medida de valor, era posible que, quienes inicialmente hubiesen tenido que optar por el trueque simple, pudieran estimar sus respectivos bienes en un valor, expresado en el tercer elemento, para poder precisar el “quantum” de la obligación, satisfacer los saldos que resultaran a favor de una de las partes, por tener sus bienes un precio superior al de la otra, etc. No se escapan, sin embargo, los inconvenientes que surgían por la posibilidad de destrucción, los gastos de conservación, las dificultades del transporte, la imposibilidad de fraccionamiento, la falta de rareza, la variabilidad en la cotización, etc. Deficiencias todas que permiten deducir y explicar lógicamente la necesidad de buscar una moneda que reuniera un mínimo de requisitos y salvara los anteriores inconvenientes. Es por ello, en contraste con lo visto, que la moneda, en su forma más universal, encontró su manifestación más aceptable cuando reunió las características de ser transportable con facilidad, indestructible, divisible, sin perder su valor como tal, homogénea, estable en su cotización y, en lo posible, de poco peso y volumen, para facilitar su circulación. Surgió así el concepto de moneda metálica, elaborada en metales preciosos y de demanda general, como el bronce, el plomo, el estaño, el platino, el oro o la plata, entre

otros. Todos con algunas dificultades derivadas de la variabilidad en su valor pero en general, susceptibles de brindar especies representativas aceptables y con las características que acabamos de mencionar.

1.3. Las distintas formas de dinero

a) Dinero metálico

Se reconoce, entonces, la importancia de la moneda metálica —en lo cual es preciso hacer énfasis— por tener un valor intrínseco, es decir, apreciable por sí mismo, pues cualquiera de los metales preciosos utilizados tenía y tiene aplicaciones industriales y comerciales que le confieren, por ellas solas, una específica significación patrimonial.

b) Dinero fiduciario

Sin embargo, el desarrollo de las operaciones mercantiles mostró que la moneda metálica si bien tenía ventajas indudables, soportaba aún serias limitaciones especialmente por las dificultades del transporte, cuando de grandes operaciones se trataba y había, en consecuencia, necesidad de utilizar un importante volumen de especies monetarias. Surgió entonces la denominada moneda de papel, título representativo de valor, ya no por atribuirsele una valuación concreta e intrínseca, sino por sustentarse en una valoración abstracta, resultante del respaldo brindado por la entidad emisora de la misma. Ahora bien, si la primera causa de la emisión de la moneda de papel fue la utilidad y necesidad de un sustituto a la metálica por su poca abundancia o por sus dificultades de transporte, lo cierto es que una segunda causa muy importante y origen de los principales trastornos en su utilización, surgió de la necesidad de proveerse de recursos extraordinarios, en particular por los Estados, cuando situaciones de emergencia, tales como las guerras, les obligaron a contar con mayor cantidad de moneda para adquirir los bienes y servicios extraordinarios, requeridos por las anómalas circunstancias propias de las contiendas. Y decimos que esta ha sido una de las causas principales de trastorno, por cuanto los Estados, abandonando las medidas de prudencia y de seguridad que requería la creación de un papel sin ningún contenido patrimonial intrínseco, emitieron en numerosas oportunidades cantidades exorbitantes de especies monetarias sin respaldo específico, lo que produjo, por definición, su envilecimiento y explica porqué en los sistemas contemporáneos la emisión de moneda, no solo se mantiene como monopolio estatal en forma prácticamente universal, sino se sujeta a rígidos principios de respaldo que garanticen a los particulares la solidez de la misma.

Surge de lo anterior el concepto de un sistema monetario en

el cual las disposiciones legales regulan la fabricación y circulación de la moneda y suelen referirla a un patrón, moneda propiamente o metal precioso, que sirve de comparación a las demás y de base al sistema. El más conocido en la actualidad, pese a las vicisitudes por las cuales ha atravesado en distintas épocas es el patrón oro, que en forma simple expresa la relación entre la moneda de cada país y la cantidad de oro que se encuentra en manos de la entidad emisora y que sirve de respaldo a la emisión de los billetes. Por mucho tiempo la existencia de este patrón monetario corrió aparejada con la de la “convertibilidad de la moneda”, entendiéndose por tal posibilidad de que gozaban los particulares de cambiar su papel moneda por la cantidad equivalente de metal precioso que la respaldaba. Hoy en día puede decirse que la convertibilidad se encuentra prácticamente abandonada en todos los países.

Tal vez resulte conveniente agregar la existencia, en cambio, de un principio que mantiene su vigencia y es el del “poder liberatorio de la moneda”, por lo menos dentro de los límites espaciales de la aplicación de la ley de cada Estado; principio según el cual la ley otorga a ciertas especies monetarias la virtud de que sean impuestas por los deudores a los acreedores a título de pago, de manera que con su entrega se satisfaga válidamente la obligación contraída.

Todo lo anterior, a pesar de lo sintético y desordenado, desde el punto de vista de la historia de la moneda y de la banca, se ha dicho para sustentar el principio cardinal de que una concepción de la banca, una explicación conceptual sobre su razón de ser y su vocación de permanencia, se encuentra sobre todo en reconocer que el mundo, desde hace mucho tiempo, gira en torno a un sistema monetizado y que dicho sistema no podría subsistir con suficiente eficiencia, sin la presencia de la banca como administradora de los recursos monetarios y, desde luego, beneficiaria de su empleo. Si quisiera expresarse la misma idea en otra forma se diría entonces que debe reconocerse que la banca ha existido y subsiste porque realizó las que podríamos llamar funciones primarias respecto a la moneda, o sea, su creación, traslado, cambio y custodia y que solo a partir de esa relación primera con la organización monetizada surgieron y se desarrollaron operaciones que hoy calificamos de bancarias y que, en últimas, en relación con las más importantes, no son nada distinto de la administración y aprovechamiento de esa moneda.

c) Dinero bancario⁵

A las formas anteriores podría agregarse su creación, ya no física, esto es acuñando moneda metálica o imprimiendo y emitiendo

5. “Contratos Bancarios” ps. 292 y ss.

moneda de papel, sino a través de la mecánica de la “creación secundaria”, con base en las disponibilidades para prestar que le dejan los depósitos realizados por su clientela. En efecto, el depósito dinerario en los bancos se ha calificado de “irregular” para indicar con ello que la entidad financiera se hace dueña de los recursos recibidos y, por consiguiente, puede disponer libremente de los mismos, con la sola obligación en su cabeza de devolver un tanto equivalente.

Lo anterior ha permitido sostener a algunos autores que la característica más importante de estos depósitos radica en la existencia de una doble disponibilidad. Dicha disponibilidad se predica, en forma simultánea y como curiosa consecuencia, de ambas partes intervinientes. En efecto, el cliente puede disponer de los recursos en cuanto existe un crédito a su favor, que será exigible de inmediato en los depósitos a la vista y que, aun en el caso de los depósitos a término, podría permitirle hacer lo propio si renuncia a los intereses derivados del plazo, en la opinión de numerosos autores, aunque la posición no es pacífica. Simultáneamente, el banco puede disponer y en efecto dispone de los recursos, colocándolos en operaciones activas de las cuales deriva su beneficio como intermediario financiero.

Este concepto jurídico de doble disponibilidad explica, de otra parte, el fenómeno económico llamado del “multiplicador bancario”. Cuando, con base en el depósito de su cliente el banco otorga un crédito y abona la suma resultante en otra cuenta, el recurso inicial se multiplica, pues habrá dos clientes que pueden disponer, en cierta medida, de una misma suma en forma simultánea. Lo que en otras palabras significa que, en virtud de dicho principio, los bancos influyen en el mundo económico a través de la creación de medios de pago, al habilitar a la comunidad para adquirir bienes y servicios por encima de las disponibilidades monetarias con las cuales contaban en un principio.

Un ejemplo permitirá ilustrar lo dicho: una persona deposita a la vista cien pesos en un banco y, por consiguiente, puede disponer de ellos en cualquier momento en su condición de acreedor. Al mismo tiempo, con base en la existencia de ese recurso, el banco, luego de dejar un veinte por ciento para atender las demandas ordinarias de su clientela, le presta ochenta pesos a un segundo cliente y se los abona en su cuenta corriente. Pues bien, entre ambos clientes pueden disponer de ciento ochenta pesos cuando el depósito inicial era tan solo de cien, con lo cual el banco ha ampliado la masa de recursos disponibles. Y puede continuar haciéndolo porque los ochenta abonados en cuenta aumentan sus depósitos o recursos disponibles en esa cantidad; si hace entonces otra deducción, que vamos a estimar también en veinte pesos, puede prestar a un tercer cliente la suma de sesenta pesos y así, en forma sucesiva, hasta agotar el saldo. Operaciones, todas, hechas con

base en la primera y sin un nuevo ingreso efectivo a las cajas de la entidad.

d) Dinero plástico

A la enumeración anterior debe agregarse la llamada “moneda plástica” en virtud de la cual es posible para los usuarios, utilizando tarjetas de crédito o débito, hacerse a efectivo realizar operaciones bancarias y satisfacer obligaciones monetarias a su cargo, con prescindencia de monedas metálicas, billetes o cheques.

En estricto rigor el “dinero plástico” no constituye un sucedáneo completo del dinero pues, entre otras, no puede usarse como unidad de cuenta o reserva de valor. Pero lo es, sin duda, en cuanto permite sustituirlo en la adquisición de bienes y servicios, esto es, como medio de pago. En la práctica, los plásticos pueden clasificarse en dos grandes grupos: los que se conectan a través de una red, de los que hacen parte las tarjetas crédito y débito y los que operan sin requerirlo como ocurre con los “monederos electrónicos” o las denominadas “tarjetas inteligentes”, que contienen en si mismos el registro del valor disponible y que agotan progresivamente el saldo con su utilización, si bien cada vez son mas los que pueden recargarse.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la actividad bancaria es universal, en el sentido de que cualquiera que sea el sistema político adoptado en un Estado, siempre y por definición, en cuanto la organización económica se sustente en un esquema monetizado, tendrá que existir obligatoriamente la banca y llevarse a cabo las operaciones que le son propias.

1.4. Los títulos valores

a) Noción

Una de las creaciones más significativas del derecho mercantil ha sido, sin duda, la de los títulos valores, sustitutos, en algunas de sus modalidades, del dinero como medios de pago. En general y siguiendo a Vivaldi, se ha dicho que son “los documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Con motivo de su emisión el derecho que los origina se incorpora de tal manera que, a partir de ese momento, no puede concebirse la existencia de aquel, sin la tenencia y exhibición del instrumento: “no hay derecho sin título ni título sin derecho”

b) Clasificación

La teoría general de los títulos-valores, y el desarrollo doctrinario

y jurisprudencial, indican que los mismos pueden clasificarse de muy diversa manera. Desde el punto de vista de la ley de circulación, se clasifican en nominativos, a la orden y al portador. Dentro de la moderna concepción de esta posibilidad tripartita, se entiende, por títulos al portador aquellos que se transfieren por la simple entrega. Son títulos a la orden los que se transfieren por endoso y entrega y, por último, son títulos nominativos aquellos que se transfieren por endoso y entrega como los anteriores, pero que implican, además, la necesidad de registrar dicha transferencia en los libros que, para tal efecto, debe llevar la entidad emitente de los mismos.

De donde puede entenderse sin dificultad el principio general de los títulos valores llamado de la "legitimación", que, desde el punto de vista activo, supone que una persona está autorizada de acuerdo con la ley de circulación del instrumento para cobrarlo o transferirlo válidamente. Siguiendo la secuencia que acabamos de presentar tendremos que en los títulos al portador estará legitimado para cobrarlo o transmitirlo quien lo tenga en su poder y lo presente o entregue, según el caso; en los títulos a la orden será tenedor legítimo quien figure como último endosatario de una cadena ininterrumpida de endosos, de manera que el deudor sólo podrá liberarse pagándole a él y, finalmente, será tenedor legítimo en un título nominativo aquel que lo presente y corresponda al último endosatario de una cadena ininterrumpida de endosos siendo su endosante quien aparezca por última vez registrado en los libros de la sociedad emitente, si se trata de verificar un nuevo registro o siendo él mismo quien allí aparezca, cuando de transferir el instrumento se trate.

Se clasifican igualmente y por razón de la naturaleza del derecho incorporado en títulos de contenido crediticio; títulos reales o representativos de mercaderías y títulos personales o corporativos. Los primeros se caracterizan por incorporar la obligación de pagar incondicionalmente una suma determinada de dinero y tienen como ejemplos mas representativos a la letra, el cheque y el pagaré. Los segundos incorporan el derecho de disponer de la mercancía, como ocurre con los certificados de depósito emitidos por los Almacenes Generales de Depósito o los conocimientos de embarque emitidos por el capitán del barco. Y los últimos reconocen una posición jurídica particular al tenedor legítimo frente a la entidad emitente, de manera que el derecho incorporado va mas allá del que literalmente se expresa y precisa acudir a los estatutos que la regulan para determinarlos con precisión. Por esta última circunstancia se dirá que son causales y no abstractos, como ocurre, por regla general, con los títulos valores, que no requieren una invocación de la causa ni requieren soportarse en ella para ejercer los derechos que confieren.

En el derecho de la contratación bancaria hay una clara cercanía entre los distintos contratos y los títulos valores que en ellos se emplean, para instrumentarlos o como objeto natural de los mismos, que en veces es forzosa como en el caso de los cheques. El contrato de mutuo suele plasmarse en un pagaré; el de descuento suele hacerse de letras y facturas; el crédito documentario no se entendería sin la presencia de conocimientos de embarque ni la intervención en el mercado de capitales sería concebible sin la emisión de bonos.

Dentro de esta estructura negocial no cabe la posibilidad de que el cheque revista la forma de título nominativo y, como consecuencia, la mayor parte de las legislaciones sólo permiten que él sea a la orden o al portador. Es en relación con la primera posibilidad que vuelve a plantearse el problema de la negociabilidad del instrumento por las razones que intentaremos explicar en seguida.

El endoso es la forma típica mediante la cual se transfieren los derechos derivados de un título valor a la orden. Como dice la doctrina, es una cláusula accesorio e inseparable del título por la cual el tenedor o acreedor cambiario coloca en su lugar a un tercero, con efectos limitados o ilimitados. Dentro de esta apasionante figura del derecho cambiario que explica, en buena parte, por sus ventajas sobre la cesión de créditos, el agilísimo papel que los títulos de crédito cumplen en la vida económica, existe un principio relacionado con la oportunidad del endoso, según el cual éste debe realizarse antes del vencimiento del título. De allí que buena parte de las legislaciones estatuyen que si se realiza el endoso con posterioridad al vencimiento, dejan de producirse los efectos peculiares y privilegiados que le son propios, para producir tan solo los efectos de una cesión ordinaria.

Dejando de lado la mecánica que pudiera imponerse al endoso como consecuencia de esta equiparación, recordemos que el endoso, por aplicación del principio general de la "autonomía", de los títulos valores, confiere al adquirente una propiedad originaria, por así llamarla, por oposición a la adquisición derivada, de manera que su titularidad es limpia, desprovista de los vicios o defectos de que hubiese podido estar afectado el título del tenedor anterior. En otras palabras, que contra el principio general según el cual "nadie puede transferir más derecho del que tiene", en los títulos valores se presenta la característica que acabamos de mencionar y que se traduce en que si un titular aparente del derecho lo era en forma precaria en el momento de transferir el instrumento, la posición del adquirente se mejora, por así expresarlo, y queda a salvo de la defectuosa configuración que podría predicarse de quien figuraba como su antecesor.

Este principio de la autonomía se traduce en que cuando una persona como tenedor de buena fe, es decir, que ha adquirido el título

regularmente y sin conocimiento de los vicios de que podía adolecer la posición de su antecesor, lo presenta para su cobro al obligado, éste no puede proponerle las excepciones que hubiera podido presentarle al endosante, o sea, a quien antecedió al tenedor. A menos que el endoso se haya hecho con posterioridad al vencimiento del título.

Un ejemplo será útil: una persona vende a otra su casa de habitación y el adquirente le paga todo o parte del precio aceptando una letra de cambio o librando un cheque a su favor. El beneficiario de una u otro puede, en un momento dado, incumplir su obligación de entregar la casa, supuesto en el cual y por aplicación de un principio general de derecho, el comprador estaría relevado en forma temporal de su obligación de pagar el precio, pues en los contratos bilaterales ninguna de las partes está obligada a cumplir si la otra previamente no lo ha hecho o no se ha allanado a cumplir.

Ahora imaginemos que el vendedor, quien ha recibido el cheque, lo había transferido por endoso a un tercero y éste se presenta a cobrarlo al comprador. Pues bien, el comprador no podrá abstenerse de pagar con el argumento de que el vendedor no le ha entregado la casa, cuya compra originó el giro del cheque, pues esa circunstancia anterior es ajena a la posición del tenedor. Este adquiere el título en forma autónoma y no pueden proponérsele las excepciones que el deudor tuviera contra la parte anterior, en este caso contra el vendedor del inmueble. O para presentarlo en otras palabras, si se tratara del vendedor cobrando el cheque, el comprador podría proponerle la excepción consistente en el no cumplimiento de sus obligaciones. Esta excepción que prosperaría contra el vendedor no podrá prosperar contra el tercero adquirente del título.

Todo viene a cuento para explicar que la más importante diferencia procesal entre el endoso y la cesión se traduce en la posibilidad o imposibilidad de proponer excepciones derivadas de relaciones anteriores. Pues bien, el problema que se plantea en el caso de los cheques es en apariencia sencillo, pero no deja de tener sus aspectos complicados: si el cheque por definición es un título a la vista, es decir, exigible desde el mismo momento de su nacimiento, podría afirmarse que se trata de un título que nace vencido o que está vencido desde su propio nacimiento. Y si realmente así fuera, podría sostenerse que el endoso no gozaría entonces de las prerrogativas propias de ésta institución sino, en el mejor de los casos, de los efectos de una cesión, con las naturales implicaciones para el último tenedor, quien vería su posición desmejorada. Interpretación ésta que acabaría, en la práctica, con la negociación del cheque por cuanto nadie estaría interesado en recibirlo por la vía del endoso a sabiendas de que su posición sería inferior a la de un endosatario ordinario.

Este problema ha sido solucionado en dos formas: por expresa disposición de la ley, al permitir que el cheque pueda ser negociado hasta antes de la fecha prevista como posible para su presentación, o por interpretación doctrinal que ha conducido a idéntica conclusión. La única diferencia entre una y otra puede encontrarse en que cuando la ley lo ha permitido el endoso puede tener una fecha ulterior a la de la creación del cheque, que si es anterior a la del plazo límite para su presentación será suficiente para tener el endoso como regular y realizado en debida forma.

En cambio, cuando se trata de una conclusión doctrinaria existe la dificultad de que si el endoso es posterior a la fecha de creación, un juez podría sostener, con razón o sin ella, que se trata de un endoso posterior al vencimiento, con las consecuencias ya vistas. Para evitar al máximo esta posibilidad podría verificarse el endoso sin fecha y presumirse que se realizó en forma simultánea con la creación del cheque. Es obvio, en todo caso, que la solución por vía doctrinal es menos segura que la derivada de una disposición legal expresa.

c) Presentación para el pago

Dependiendo de la forma de su vencimiento, las legislaciones establecen diverso plazos para su presentación a fin de que los mismos sean pagados. Se trata normalmente de plazos cortos que se tornan brevísimos cuando del cheque se trata.

Si el cheque es una orden de pago librada contra el banco es forzoso que el cumplimiento de la misma implique la presentación del título al banco destinatario. No se concibe, en efecto, otra forma para que éste pueda enterarse de la orden librada en su contra. La presentación del cheque puede hacerse directamente por el beneficiario, mediante su exhibición en las ventanillas o cajas del banco para demandar el pago en efectivo, o a través de otro banco situado en la misma plaza o en otra distinta. En este último caso, el banco depositario lo presenta al librado, en lo general y en las ciudades donde tal sistema se encuentra establecido, a través de la denominada cámara de compensación a la que ya nos referiremos mas adelante en el programa. Por ello, el proyecto INTAL (Proyecto Uniforme de Títulos Valores preparado a instancias del Instituto para la Integración de América Latina) y varias legislaciones, han previsto que la presentación del cheque en cámara de compensación producirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado.

Para ser consecuentes con la función instrumental de medio de pago que de ordinario cumplen los cheques, la mayor parte de las legislaciones se inclina por establecer plazos brevísimos de presentación que pueden oscilar alrededor de un mes, para dar un ejemplo, y que

están destinados a reafirmar el principio de que los cheques se libran para ser cobrados y no para conservarlos en poder del beneficiario.

La importancia de la existencia de un plazo para la presentación del cheque radica en la determinación de los efectos que su incumplimiento produce para el tenedor. Podemos afirmar que, en general, la sanción que se deriva de tal omisión es la pérdida de las acciones cambiarias derivadas del título valor, contra todos o algunos de los obligados, que puede ser catastrófica en los sistemas en los cuales la suerte de la acción causal, es decir, de la derivada del negocio jurídico que dio origen a la emisión del cheque, se encuentre ligada a la de la acción cambiaria, porque en este supuesto la extinción por caducidad de la última hará desaparecer, así mismo, la posibilidad de ejercitar la primera. Este supuesto contradice la posición doctrinal más generalizada según la cual una de las manifestaciones de independencia entre las acciones cambiaria y causal consiste en que de cada una de ellas se predican en forma separada los términos de prescripción y caducidad que les son propios.

La Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque, por ejemplo, establece en su artículo 40 que la viabilidad de las acciones cambiarias depende de haber sido presentado el cheque en tiempo hábil y verificarse tal circunstancia por un acto auténtico (protesto) o "por una declaración fechada de una cámara oficial de compensación, en que conste que el cheque ha sido enviado en tiempo hábil y no ha sido pagado".

El proyecto INTAL⁶, establece una solución dual. En efecto, en su artículo 120 estatuye que "la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del librado, y por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse". Esto significa que la simple falta de presentación y protesto en tiempo no produce la caducidad de las acciones sino cuando durante el plazo de presentación hayan existido fondos suficientes y el cheque no haya dejado de pagarse por una causa imputable al librador. En el inicio, sin embargo, reitera el principio ginebrino en relación con los demás signatarios respecto a los cuales la caducidad se produce por "la simple falta de presentación o protesto".

La legislación italiana, por el contrario, establece que el tenedor no pierde sus acciones contra el librador "aunque el cheque no haya sido presentado en tiempo, y no se haya practicado el protesto o la comprobación equivalente". Agrega, sin embargo, que si con

6. Se conoce con este nombre el proyecto uniforme de Títulos-valores preparado por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, a instancias del Instituto para la Integración de América Latina, INTAL.

posterioridad al plazo de presentación la disponibilidad de la suma llegase a faltar "por hecho del girado" se pierden tales derechos. Supuesto este que parece referirse al caso de que el banco quiebre.

En todo caso, puede sostenerse que la no presentación en tiempo puede traducirse en la pérdida de las acciones contra el librador y los demás endosantes.

d) Protesto

El protesto, en términos generales, es la diligencia en la cual se deja constancia sobre el no pago de un título valor y las circunstancias o razones de tal negativa. Tradicionalmente, en especial con la letra de cambio y los demás títulos por ella disciplinados, supone la realización de una diligencia notarial con presencia del obligado en la cual se deja constancia de las razones del no pago. La constatación en América Latina de la tendencia a excusar el protesto, consagrada como posibilidad en muchas legislaciones, llevó al Proyecto INTAL a establecer en su artículo 85 un principio inverso consistente en que "el protesto sólo será necesario cuando el creador de la letra o algún tenedor, inserte la cláusula con protesto, en el anverso y con caracteres visibles". De todas formas, aun en el sistema del INTAL, no es evidente que esta disposición sea aplicable al caso de los cheques para los cuales, en cambio, se ha consagrado un sistema expedito consistente en que la anotación que el banco o la cámara de compensación pongan de haber sido presentado el cheque en tiempo y no pagado, total o parcialmente, surtirá los efectos de protesto.

e) Acciones cambiarias

La acción cambiaria es aquella de la cual goza el tenedor de un título valor para exigir el cumplimiento de los derechos en él incorporados. Cuando se trata de un título valor de contenido crediticio, como el cheque, la acción cambiaria está dirigida a obtener el pago en el supuesto de que, presentándolo en tiempo, no sea satisfecho por el banco librado. En general, la doctrina y las legislaciones distinguen entre la llamada acción cambiaria directa, que es aquella que se dirige contra el principal obligado o sus avalistas y acción cambiaria de regreso que es la que se intenta contra cualquiera de los demás obligados, como los endosantes.

En el caso del cheque se ha llegado a la conclusión de que no cabe el ejercicio de la acción cambiaria directa, en los sistemas en los cuales ella solo puede intentarse contra el otorgante de una promesa de pago o el aceptante de una orden de pago, salvo en el caso de los cheques certificados. Y no cabe por la sencilla razón de que, como se

dirá, el cheque jamás es aceptado por el banco, de manera que si en las órdenes de pago el concepto de principal obligado se identifica con el aceptante y la noción se aplica al cheque por invocación legislativa o por interpretación doctrinal, tendríamos que en él solo caben las denominadas acciones de regreso.

La anotación tiene un contenido práctico indiscutible porque de ordinario la acción cambiaria directa está sometida a un término de prescripción mucho más amplio que el de la acción cambiaria de regreso. Sirva de ejemplo lo establecido por el proyecto INTAL, en sus artículos 240 y 241, de cuya lectura se deduce que la acción cambiaria directa para los títulos valores prescribe en tres años a partir de la fecha de vencimiento, mientras la acción cambiaria de regreso prescribe en un año desde la fecha del protesto o del vencimiento si el título fuere sin protesto y, en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación. A lo que se agrega que la acción del obligado de regreso que paga contra los demás obligados prescribe en seis meses desde aquel momento o desde la notificación de la demanda. Para el caso del cheque, el artículo 121 prevé que las acciones cambiarias prescriben en seis meses "contados desde la presentación, las del último tenedor, y desde el siguiente a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y los avalistas".

Por consiguiente, ya que en una determinada legislación se establezca o deduzca que no existe acción cambiaria directa en el caso del cheque, caso en el cual la acción de regreso tiene un término de prescripción más corto, bien que la legislación prevea un término particular de prescripción para sus acciones cambiarias, se concluye que este término suele ser inferior al previsto para los demás títulos valores y desde luego, al establecido para la acción cambiaria directa, en casos como el de la letra de cambio.

Como ya observamos, los presupuestos lógicos para el ejercicio de las acciones cambiarias son la presentación y el protesto del título respectivo. Igualmente dijimos que contra las acciones cambiarias sólo pueden proponerse, las excepciones taxativas que ha consagrado la ley, con el objeto de dotar al título valor de todas las garantías de certeza y seguridad con que deben contar los adquirentes para que su circulación se vea favorecida.

A lo cual debe agregarse que, en la mayoría de las legislaciones, los títulos valores suelen ser reconocidos como aquellos que aparejan ejecución, es decir, en los cuales se incorporan obligaciones ciertas e indiscutibles a cargo de un deudor, de manera que el ejercicio de la acción ante los poderes estatales no está orientado a que éstos reconozcan o no la existencia de un derecho sino que, partiendo de la base de que

él existe y aparece suficientemente probado en el título que se presenta, corresponde más bien demandar medidas cautelares dirigidas a sacar del comercio algunos bienes del deudor para que, en caso de que éste no pague, sea posible ordenar su remate y con el producido o mediante su adjudicación satisfacer la obligación incumplida.

Un último comentario para volver sobre la hipótesis excepcional en la cual cabría el ejercicio de la acción directa contra el banco. Ella está constituida por el supuesto de la certificación de un cheque en el cual el banco se obliga en forma directa frente al tenedor y, por consiguiente, en el remoto supuesto de que el cheque no fuera pagado a su presentación, el banco tendría que soportar en su contra la acción directa ejercitada por el tenedor.

2. Disposiciones generales aplicables a la contratación ^{7 8}

2.1. Noción del contrato

El acto jurídico reviste dos modalidades bien precisas: en primer término puede consistir en la manifestación de una sola voluntad, mediante la cual una persona determina la producción de efectos jurídicos a cargo o en provecho suyo y cuya principal representación está constituida por el testamento. O puede consistir en la manifestación o el acuerdo de dos o más voluntades que buscan la consecución de un mismo logro y que se califica como acto bilateral o plurilateral. Los dos ejemplos más destacados del acto jurídico bilateral son el contrato y la convención.

El contrato y la convención se relacionan con una diferencia de especie a género, en cuanto por contrato se entiende una forma de convención encaminada específicamente a la creación o constitución de obligaciones, mientras que la convención es el acuerdo de voluntades dirigido a la producción de un efecto cualquiera, es decir, a la creación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

7. Para este apartado deben consultarse además :

Legislación:

- Código Civil: Artículos 1502, 1508-1526, 1602-1607, 1612-1616, 1617, 1625, 1630-1652.
- Código de Comercio: Artículos 1, 2, 822-831, 864-872, 882-886, 897-904.
- EOSF: Artículos 7, 12, 24, 27, 29, 30, 31, 33, 36 y 38.
- Circular Básica Jurídica: Título II, Capítulo primero, numeral 1 y Título V, capítulo I.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 169-196.

8. Tomado en lo fundamental del libro "Negocios Fiduciarios. Su significación en América latina" Editorial Legis, Bogotá. 1ª. Edición. 2005. ps. 133 y ss.

2.2. Eficacia de los actos jurídicos

La existencia y validez de los contratos estaban subordinados en la teoría clásica a la presencia de un conjunto de elementos considerados esenciales, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Requisitos a los cuales se agregaba la necesidad de que los contratos se adecuaran a los ordenamientos de las disposiciones que tutelan el orden público y las buenas costumbres, de una parte y al reconocimiento y guarda de las formas establecidas por la ley, como necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

En una concepción más moderna podría decirse que existencia, validez y oponibilidad son requisitos de eficacia de los actos jurídicos, como lo veremos enseguida.

a) Requisitos de existencia.

(i) Voluntad

El acto jurídico nace de una manifestación de voluntad, del querer de una persona enderezado a la producción de una determinada consecuencia. Así concebida, se trata de manifestación del querer individual o aislado del agente. Dotada de los requisitos de intención de obligarse, destinación específica y concreción, se convierte en una oferta, como punto preliminar que hace parte esencial del proceso dinámico de formación del negocio jurídico, trátase de convención o contrato. Para que una u otro nazcan es preciso, además, que se exprese o pueda deducirse el consentimiento del destinatario. Este recoge o refleja el punto de contacto donde las voluntades se hacen coincidentes y puede hablarse con propiedad del acuerdo. El consentimiento es necesario entonces, tanto para la conclusión del contrato como para la precisión sobre su contenido.

La voluntad, que hemos llamado consentimiento en el caso de los contratos, se manifiesta en cada contratante por signos externos que pueden ser expresos, como las palabras, los escritos, etc., o tácitos, es decir, conductas de las cuales puede inferirse inequívocamente una determinada manifestación de voluntad. Debe anotarse al respecto que esta segunda posibilidad solo cabe, en la práctica, en los contratos consensuales, que se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades sobre los elementos fundamentales del contrato y no en el de los solemnes, cuyo nacimiento se liga al cumplimiento de una formalidad, como ocurriría con la forma escrita o con los denominados reales cuyo perfeccionamiento implica la entrega de la cosa, pues en ambos casos la existencia no puede inferirse de evidencias que indiquen el propósito

de convenir en un determinado sentido, pues ellas resultarán inanes si la forma o la entrega no se dan. Y este tema es relevante porque no pocas legislaciones exigen la forma expresa y escrita, en general o para negocios como el fideicomiso o que recaigan sobre cierta clase de bienes como los inmuebles.

El acuerdo de voluntades, a su turno, surge de un proceso que se inicia con la oferta o invitación a contratar que, como toda manifestación de voluntad puede ser expresa, cuando está directa y categóricamente dirigida a formular la invitación respectiva o tácita o implícita cuando se deduce de la conducta del individuo, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando un banco que presta los servicios habituales en la plaza tiene abiertas sus puertas al público. Los transeúntes, no importa si tienen o no relación directa con el establecimiento, entienden que hay una tácita oferta a negociar en el sentido de utilizar los distintos servicios que se han puesto a disposición del público, siempre que se llenen los requisitos y acrediten las calidades que el banco exige de sus clientes. Esta oferta puede dirigirse a una persona determinada, es decir, puede tratarse de una oferta particular o bien dirigirse al conglomerado, a la comunidad en general, como sucede cuando una entidad financiera decide hacer una emisión de bonos, obligaciones o debentures, caso en el cual la oferta se cursa a un número indeterminado y desconocido de suscriptores. Cualquier individuo que quiera prestar su dinero en las condiciones y términos contemplados en el contrato de emisión, puede recoger la oferta y concluir en esta forma el contrato. O lo que ocurriría con la sociedad fiduciaria que ofreciese al mercado un fondo de inversión. La aceptación por su parte es individual y producida ella se concreta la coincidencia de voluntades que, expresada en la forma prevista por la ley, da lugar al nacimiento del contrato.

Sobre el tiempo y lugar donde se perfecciona el contrato, cuando se trata de acuerdo entre ausentes, existen dos grandes sistemas: el primero sostiene que el contrato se perfecciona en el momento y lugar en que el destinatario de la oferta expresa su aceptación; el segundo, en cambio, afirma que es preciso que el oferente conozca a su turno la aceptación que ha correspondido a su propuesta, en cuyo caso sólo se perfeccionaría el contrato cuando el oferente fuese debidamente enterado.

Una última observación que puede tener un interés particular en el estudio del negocio jurídico dice con la denominada aceptación por el silencio. En principio la aceptación, como cualquier otra manifestación de voluntad, puede ser expresa o tácita. En general las legislaciones y la doctrina rechazan el silencio puro y simple como forma de expresar la voluntad y, consecuentemente, como forma de aceptar la oferta que se haya recibido. Sin embargo, debe tenerse en

cuenta que algunos contratos bancarios, son típicos contratos por adhesión. Tal ocurre en Colombia con el contrato de cuenta corriente bancaria o con los denominados Fondos Comunes Ordinarios o Especiales, para poner dos ejemplos. Los clientes contratan con las instituciones con base en los reglamentos generales que éstas tienen establecidos y que partiendo de la ley regulan íntegramente la relación contractual, por lo que el tema del silencio puede tener interés por lo que dice con las ulteriores modificaciones del contrato, como lo veremos un poco mas adelante.

Digamos, por último, que para que el consentimiento tenga eficacia jurídica, es preciso que se exprese, no sólo con pleno conocimiento, sino con voluntad libre, esto es, que dicho consentimiento no adolezca de vicios.

(ii) Objeto

En estricto rigor, entiéndese por objeto el contenido propio del contrato, vale decir, las obligaciones surgidas del mismo, si bien, en la práctica legislativa y doctrinaria, se habla de objeto del contrato refiriéndose al objeto propio de las obligaciones, o sea, las prestaciones positivas o negativas que se esperan de los contratantes, como consecuencia de los compromisos contraídos.

El objeto debe existir en el momento de la celebración del contrato, aunque las legislaciones admiten que se realicen contratos en relación con cosas futuras, es decir, cosas de las cuales se espera su existencia en el momento en que habrá de ejercitarse el derecho correspondiente. Del objeto se predicen, como características, el que debe ser útil, determinado, posible y lícito. La utilidad toca con la seriedad misma del contrato, en la medida en que las prestaciones de las partes deben tener un contenido específico desde el punto de vista patrimonial. Debe ser determinado o determinable de manera que no quepa duda sobre la existencia de obligaciones precisas a cargo de las partes. El concepto resulta obvio en cuanto a cuerpos ciertos y, cuando de cosas de género se trata, la determinación de las mismas, se hace a través de la precisión sobre su cantidad y calidad. El objeto debe ser, asimismo, posible, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista jurídico. La posibilidad física o material dice con la existencia misma del bien en la naturaleza, con la salvedad hecha en relación con las cosas futuras. El tema es importante en materia de fiducia pues no todas las legislaciones lo regulan expresamente. La jurídica toca con la existencia de los bienes en el comercio, es decir, su posibilidad de ser negociados por los particulares, concepto que, por la negativa, se deduce mejor del reconocimiento de bienes que se encuentran fuera del comercio, por su naturaleza misma o por disposición de la ley. Ello puede suceder, para el último caso, con los bienes de uso

público, no susceptibles de enajenación por parte de los particulares o aquellos que, estando trabados dentro de un proceso judicial, han sido embargados y secuestrados y, por consiguiente, sacados del comercio. El objeto, por último, es ilícito, cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, como sería negociar con un derecho político, como el derecho al voto, con la observación, tan solo, de que, para algunas legislaciones y doctrinas, es también objeto ilícito el que se refiere a bienes que se encuentran fuera del comercio, mencionados antes como bienes imposibles, desde el punto de vista jurídico.

(iii) Causa

La causa reviste dos modalidades o conceptos, la llamada causa objetiva y la denominada subjetiva. La primera suele expresarse como la de la obligación, antes que la del contrato y en los negocios jurídicos bilaterales está constituida, para cada uno de los contratantes, por la obligación que el otro asume. En los contratos unilaterales, al decir de los autores, la causa no radica en el contrato mismo sino en el hecho antecedente que origina la obligación, como sucedería en el caso del contrato de mutuo, en el que la causa de la obligación de devolver la suma de dinero sería el haberla recibido de manos del prestamista. Desde este punto de vista se sostiene que la causa debe ser existente. Pero además se afirma que la causa debe ser lícita y, en este caso, se refiere más a la causa subjetiva, entendiendo por esta la causa impulsiva y determinante, o sea, aquella que induce a una parte a contratar. Por este particular, la causa ilícita puede coincidir, a veces, con el objeto ilícito, pero, para distinguirlas precisamente, puede concebirse un contrato cuyo objeto sea lícito, por ejemplo, dar en arrendamiento una casa de habitación, pero para una finalidad prohibida por el orden público o las buenas costumbres, como podría ser la instalación en ella de una casa de lenocinio, en la medida en que esta posibilidad estuviese prohibida por la ley.

(iv) Forma impuesta

El contrato, por otra parte, debe llenar las exigencias legislativas relacionadas con su forma. En este aspecto y por excepción al principio general del consensualismo, según el cual los contratos se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades, las legislaciones consagran, habitualmente, dos clases de formalidades específicas: las que existen en los denominados contratos reales y las que aparecen en los llamados contratos solemnes. Son contratos reales aquellos que sólo se perfeccionan por la entrega de la cosa, como sucede, por ejemplo, con los contratos de depósito o comodato. Son contratos solemnes, por su parte aquellos para cuyo perfeccionamiento se exige una forma particular, bien la simple forma escrita ya una escritura auténtica, que deriva esta calidad de haber sido otorgada ante un funcionario público habilitado para dar

fe sobre las convenciones celebradas entre particulares. En este punto hay que distinguir entre las formalidades establecidas en verdad como tales, es decir, como requisitos esenciales para el nacimiento del contrato y las que sólo se establecen por la ley como un medio de prueba, esto es, como un instrumento idóneo y exclusivo, en principio, para poder acreditar su celebración. En este caso, la diferencia fundamental estriba en que la omisión de las primeras produce la inexistencia o nulidad absoluta del contrato, según la legislación aplicable, mientras en las segundas se dificulta la prueba, en relación con la amplia gama de posibilidades con que cuentan, en principio, las partes, pues las formalidades “*ad probationem*” excluyen otra clase de pruebas para acreditar la celebración del contrato.

(v) Elementos de la esencia

Las legislaciones, al tipificar los contratos, establecen, naturalmente, los elementos o cosas sin cuya presencia no producen efecto alguno o degeneran en otro contrato, produciéndose, en este caso, la denominada conversión del negocio jurídico.

Esta última supone, en lo fundamental, que ante un negocio que estaría llamado a desaparecer por razones de ineficacia, en sentido lato, cabe su rescate si del mismo pueden predicarse los requisitos esenciales de otro contrato y este último resulta compatible con el propósito negocial de las partes. No hay posición pacífica en la doctrina sobre su aplicación cuando se trate de un negocio que sería calificado de inexistente y el tema, desde luego, depende, en últimas de cada solución legislativa. Pero podríamos simplificar diciendo que, en todo caso, no sería de aplicación en los eventos de que en esa hipótesis o en la de la nulidad absoluta, la glosa o carencia no fueran saneables.

b) Requisitos de validez

(i) Capacidad

Hemos dicho que la capacidad es la aptitud de que gozan todos los sujetos de derecho, personas jurídicas o naturales, para adquirir derechos y contraer obligaciones. Agregamos que esta noción de capacidad corresponde a la que los autores han distinguido con el apelativo de capacidad de goce común y connatural a todos los sujetos de derecho, mientras limitan el concepto de capacidad de ejercicio para expresar la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos. Basta decir ahora, que la capacidad es el principio general y que, por excepción, surge la noción de incapacidad, cuya importancia más destacada aparece al estudiar las condiciones de ineficacia de los contratos.

(ii) Objeto lícito

No basta, como ya lo anotamos, que pueda reconocerse en el negocio un objeto. El debe ser lícito, no ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. Por eso se ha dicho que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público y, en general, en todo contrato prohibido por las leyes.

Sobre el particular la doctrina ha recordado que no se trata de la calificación de las “cosas” objeto de los contratos, sino “su destino... y los actos que sobre ellos (se) realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos”.

Por ejemplo, las legislaciones sobre fiducia suelen prohibir la celebración por esa vía de contratos que no le fuese lícito al fideicomitente realizar de manera directa, para evitar que el mecanismo se constituya en medio empleado para hacer fraude a la ley. Pero el tema debe revisarse con cautela porque hay posibilidades que la ley cercena a una persona por razones vinculadas al tipo de normas particulares que ella debe soportar por razón de su responsabilidad u oficio. Pero que en si no entrañan descalificación objetiva del acto pues el mismo resultaría ajustado a los intereses superiores de la comunidad, la moral y las buenas costumbres. Se trata entonces de inhabilidades subjetivas, en virtud de las cuales un funcionario público, por ejemplo, no podría disponer de una partida para una finalidad no prevista en el presupuesto, por plausible o justificada que pareciera pero un particular, en cambio, un fiduciario, en concreto, podría asumir a su cargo la obligación de emplear los recursos necesarios para la consecución del propósito, como parte de la contraprestación que recibe por su desempeño.

(iii) Causa lícita

Igual afirmación puede hacerse en punto a la causa. Considerada como subjetiva su eventual ilicitud supone que el motivo determinante resulte prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público⁹.

(iv) Inobservancia de la totalidad de las formas

Puede ocurrir que se haya cumplido con la solemnidad prevista por la ley en un caso concreto y pueda concluirse, por ende, que el acto o contrato han nacido a la vida, pero que se haya omitido un requisito

9. . Colombia. “... Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. ...” (Artículo 1524 del Código Civil)

que conduzca por ello a tenerlo por irregular, caso en el cual no se tendrá como válido o derivará en otro, como lo vimos al mencionar la teoría de la conversión.

c) Requisitos de oponibilidad

En veces la ley o las partes exigen que se cumplan requisitos adicionales, ya no para reconocer la existencia o validez del contrato sino para hacerlo oponible a terceros, esto es, para dotarlo de publicidad. Esta hipótesis es de señalada importancia en el derecho mercantil en cuanto exista un registro público de comercio en el que tanto tengan que matricularse los comerciantes o sus establecimientos como deban inscribirse ciertos actos o contratos, justamente, para hacerlos conocer presuntamente a terceros. Tal ocurre en algunos países con los contratos de fideicomiso y, aun, con los profesionales que en esa forma se dedican a actuar como fiduciarios.

2.3. Ineficacia de los contratos

Se entiende por ineficacia de los contratos – en sentido lato – el conjunto de supuestos, en virtud de los cuales el acto jurídico no produce efectos o produciéndolos, están llamados a desaparecer. En otras palabras, existe un conjunto de requisitos imprescindibles o esenciales cuya falta total o parcial determina la imposibilidad de que el contrato nazca a la vida jurídica. Sin embargo, aun reuniéndose, puede acaecer que el contrato adolezca de algunas fallas o defectos, en razón de los cuales puede desaparecer, como consecuencia de las acciones que contra ellos se adelanten o las decisiones judiciales que así lo reconozcan.

Esta ineficacia, sin embargo, reviste distintos grados que, en lo general, se clasifican en dos: inexistencia e invalidez, predicándose de esta última, distintos supuestos, en especial la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Algunos autores incluyen como causal de invalidez la denominada rescisión por lesión enorme que es una particular forma de terminar los contratos. En relación con la inexistencia misma hay que repetir, que no todas las legislaciones admiten el concepto por lo cual y aun cuando la tendencia contemporánea parece ser la de reconocerla, esos sistemas involucran los supuestos de existencia en los de nulidad absoluta. Debe observarse, sí, que la inexistencia como concepto resulta un tanto etérea, pues sólo tiene verdadera relevancia jurídica si una autoridad jurisdiccional así lo concluye, es decir, determina que un cierto acto o contrato es inexistente, por no poderse predicar de él los requisitos o elementos mínimos que se consideran esenciales para su nacimiento.

Existen regulaciones en la legislación mercantil que califican como ineficaces casos particulares, con efectos similares a los de la inexistencia, pero con diferencias conceptuales notorias¹⁰. A las glosas que el tema ha merecido se suma la circunstancia, a todas luces excepcional, de que ciertas autoridades administrativas puedan declararlas.

a) Inexistencia

Como dijimos, la inexistencia supone que no exista siquiera un principio de contrato, por faltar alguno de los elementos esenciales exigidos por la ley. Significaría, además, que el pretendido contrato o acto jurídico, en general, no puede producir efectos y que, como consecuencia, de haberse producido, la declaratoria de inexistencia llevarla a anularlos y retrotraer las cosas al estado anterior. Sin embargo, la debilidad de la figura conceptual se muestra aquí patente, por cuanto si se trata de un contrato de los llamados de tracto sucesivo, como el arrendamiento y ha transcurrido un tiempo de manera que el arrendatario ha gozado del bien y el arrendador recibido el precio o canon convenido, la declaratoria de inexistencia sólo puede producir efectos pro-futuro. Por este aspecto, se equipara en sus efectos a la nulidad absoluta y requiere, como ella, para que produzca verdaderos efectos, de una declaración judicial.

En general, la inexistencia surge de las siguientes tres causas: en primer término, la falta de voluntad o ausencia absoluta de consentimiento, bien porque no exista una voluntad consciente, ya porque se haya incurrido en un error sobre la naturaleza del contrato o la identidad misma del objeto. En segundo lugar, cuando se encuentre una ausencia de objeto por indeterminación o imposibilidad del mismo. Y por último, si existe un defecto de forma en los contratos solemnes o falta un elemento esencial del contrato.

b) Invalidez

La invalidez, a diferencia de la inexistencia, parte de la base de reconocer que el acto o contrato nace a la vida jurídica, pero afectado, en tal forma, que está condenado a desaparecer o, por lo menos, potencialmente puede ser destruido por una decisión judicial. Como decíamos, las formas principales de la invalidez son la nulidad, absoluta o relativa, y, para algunos autores, la rescisión.

10. Colombia. Tal ocurre, por ejemplo, con la adquisición de más del 10 % de las acciones de una entidad financiera, sin haber obtenido previamente la autorización de la Superintendencia Bancaria. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 88)

(i) Nulidad absoluta

La nulidad absoluta se caracteriza por descansar en un interés público, de manera que puede invocarse por cualquier persona interesada y, aun, ser declarada de oficio por el juez. En algunos sistemas, incluso, puede invocarse por cualquier tercero y por el ministerio público, en defensa del interés general.

La nulidad absoluta se produce, en general, por una o algunas de las siguientes circunstancias: desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, por predicarse de alguno de ellos la incapacidad absoluta en los términos que tuvimos ocasión de estudiarlo. También se presenta cuando el objeto o la causa son ilícitos o inmorales. Y, por último, cuando habiéndose llenado las solemnidades previstas, adolece, sin embargo, de algunos defectos, no tantos como para sustentar la inexistencia pero suficientes para invocar la nulidad o, en general, cuando existe una inadecuación del contrato a los principios generales de orden público y de buenas costumbres.

En principio las nulidades, aun las absolutas, pueden sanearse por ratificación o prescripción, salvo las originadas por objeto o causa ilícitos que no son ratificables. Dado el interés público ínsito en su concepción, su declaratoria puede ser pedida por cualquier persona y, desde luego, por el Ministerio Público y debe ser declarada de oficio por el Juez, de encontrarla acreditada en un proceso.

- Incapacidad

La incapacidad, excepción al principio general, es ante todo una institución jurídica enderezada a la protección y defensa de quienes, por carecer de ciertas facultades, no se encuentran habilitados para ejercitar por sí mismos los derechos ni contraer las obligaciones que les competen. Es, pues, una noción que surge por contraste, como lo dijimos, con la capacidad de ejercicio. Analicemos brevemente cuáles son los factores que originan, en general, la calificación de incapacidad o que permiten predicarla de un sujeto de derecho con la advertencia, apenas natural, de que como todas las materias que estamos viendo en estos principios generales, deben ser tratadas con una gran simpleza, en el sentido de que cada legislación consagra peculiaridades cuya precisión resultaría imposible hacer a la luz de la finalidad que nos hemos propuesto en esta parte del trabajo, salvo en el caso de Colombia en que haremos las precisiones correspondientes cuando a ello haya lugar. Para poder hacerlo es preciso recordar que la incapacidad se clasifica usualmente por la doctrina en incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Quienes se encuentran afectados por la primera están del todo imposibilitados para actuar válidamente, mientras que aquellos de

quienes se predica la segunda, tienen un principio de capacidad que, en todo caso, permite la convalidación por las partes una vez que hayan cesado las causas determinantes de la incapacidad. Las consecuencias que pueden predicarse, además, de los actos celebrados por incapaces absolutos o relativos, están sometidas a regímenes jurídicos diversos.

Las causas o circunstancias que permiten predicar de un sujeto la incapacidad absoluta son en general, las siguientes:

Edad. Las prescripciones legislativas sobre el particular toman en cuenta el desarrollo físico y mental de los individuos para estimar que, por lo menos, hasta una determinada edad, variable en cada país, las personas carecen del desarrollo mental suficiente que les permita expresar de una manera consciente su voluntad de obligarse. Son los menores impúberes a los cuales la ley no les confiere ni un principio de capacidad obligacional y que, por consiguiente, están calificados, en primer término, como incapaces absolutos.

Afección mental. Puede suceder que una persona haya superado la edad mínima a partir de la cual se le reconocería una plena capacidad negocial. Empero, si esa persona sufre de una dolencia mental que inhabilite su capacidad racional en términos que, desde el punto de vista científico, reiterado en la práctica por una decisión judicial, no se le considere en condiciones de poder expresar su voluntad válidamente, nos encontremos con otro caso de incapacidad absoluta que podría calificarse como aquella que es propia de los dementes, o sea, de quienes teniendo la edad física para poder obligarse en términos de la legislación general se encuentran síquicamente afectados de manera que la ley les priva de poder hacerlo válidamente.

Afecciones físicas o fisiológicas. Esta última causa se predica de algunas personas, concretamente y casi sin excepción en todas las legislaciones, de los sordomudos que no pudiendo darse a entender por escrito o en otra forma que permita inferir inequívocamente su voluntad en uno u otro sentido, son considerados por la ley como incapaces absolutos.

- Objeto o causa ilícitos

El objeto es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, como sería negociar con un derecho político, como el derecho al voto.

La causa ilícita puede coincidir en veces con el objeto ilícito. En efecto, para distinguirlos precisamente, puede concebirse un contrato cuyo objeto sea lícito, por ejemplo, dar en arrendamiento una casa de habitación, pero ser tomada para una finalidad prohibida por el orden

público o las buenas costumbres.

- Inobservancia de las formas

Si la ley ha impuesto una forma como requisito de existencia de una manifestación de voluntad, es natural concluir que su omisión conduce a la inexistencia del acto respectivo.

Pero puede ocurrir que las formas se cumplan parcialmente, dejándose por fuera, sin embargo, alguna de que penda la validez del negocio. En este evento el mismo quedará afectado de nulidad absoluta.

(ii) Nulidad relativa

La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, se encuentra vinculada a un interés privado más que público y, en general, es una medida de protección para ciertas personas que, por sus condiciones particulares de indefensión, pueden ser sorprendidas en una contratación. También, por contraste con la anterior sólo puede ser invocada por aquella parte a cuyo favor se ha consagrado, vale decir, la que se trata de proteger de una manera especial.

En principio la nulidad relativa surge, por lo que dice con el sujeto, cuando alguno de los intervinientes adolece de incapacidad relativa o, cuando existiendo consentimiento, este se encuentra viciado por error, violencia, o dolo.

Error

El error como vicio del consentimiento supone que uno de los contratantes se haya equivocado o ambos, incluso, respecto a uno de los elementos o presupuestos fundamentales del negocio, bien de hecho, ya de derecho. La mayor parte de las legislaciones tienden a restarle eficacia al error de derecho como vicio del consentimiento, partiendo de la máxima según la cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. No sucede así en todas ellas y la tendencia contemporánea suele inclinarse a crear algunas excepciones a este principio riguroso admitiendo que si la aplicación de la ley en el tiempo permite sustentar la presunción de que todos los individuos la conocen o pueden conocerla, lo cierto es que la complejidad de la vida contemporánea y la proliferación de leyes, decretos, reglamentos, circulares, etc., hace que, en la práctica, resulte casi imposible, aun para los mismos abogados, tener noticia e imponerse de la totalidad de normas vigentes en un momento dado. Si se descarta sin embargo, el error de derecho, tenemos que el error de hecho reviste tres posibilidades: el denominado error obstativo u obstáculo, cuya presencia excluye en rigor la verdadera expresión del consentimiento y conduce a la calificación del contrato como inexistente,

para los sistemas que aceptan esta posibilidad o deriva en una causal de nulidad absoluta. En segundo lugar, el verdadero error y vicio del consentimiento, que puede dar lugar a la acción de nulidad relativa y, finalmente, el llamado error indiferente, que en nada afecta la convención y que, por lo tanto, sólo tiene interés de presentación desde el punto de vista académico.

El error obstativo se presenta fundamentalmente en dos casos: cuando versa sobre la naturaleza misma del contrato, como cuando una persona cree entregar una suma de dinero a título de mutuo mientras la otra entiende recibirla a título de donación y luego, cuando recae sobre la identidad del objeto, como cuando el vendedor piensa enajenar una casa mientras el comprador cree adquirir un apartamento. En ambos casos es imposible hablar de consentimiento coincidente; por lo tanto, al no existir uno de los presupuestos fundamentales para la formación del contrato, casi es forzoso concluir que éste debe reputarse inexistente.

El error vicio o error propiamente dicho, se presenta en los siguientes supuestos: cuando recae sobre la sustancia o calidad sustancial que lleva a contratar, como cuando una persona entiende comprar las acciones de la Compañía Mercantil S.A. cuando realmente el vendedor se refiere a las acciones de otra compañía. Igualmente, cuando el error recae sobre la persona, lo que sucede ordinariamente en los llamados contratos "*intuitu personae*". Esto sucede habitualmente en los contratos gratuitos y, por excepción, en los contratos onerosos como cuando se contrata a un pianista para dar un recital, creyendo que se trata de un reputado intérprete, cuando simplemente se trata de un homónimo o alguien que no tiene las calidades y condiciones del primero. Y, desde luego, en los contratos bancarios, incluida la fiducia, por regla general.

En últimas, los errores indiferentes serán aquellos distintos a los anteriores o diferentes de los que la ley en cada país reputa como errores obstativos o vicios propiamente hablando y pueden ser, entre otros, los que se refieren a las cualidades no esenciales o algunas apreciaciones económicas en las cuales se equivoque uno de los contratantes o impliquen errores de cálculo, etc.

. Violencia

Una primera observación que debemos hacer sobre la violencia, como vicio del consentimiento, consiste en que algún sector de la doctrina ha distinguido, precisamente, entre fuerza y violencia, para reservar a la primera expresión la coacción física que sustituye y anula totalmente el consentimiento, como si alguien, sorprendido por un malhechor, fuese obligado a firmar, siéndole llevada la mano por el agresor o como cuando una persona, bajo los efectos de la hipnosis,

fuese obligada a grabar una cinta magnetofónica dando determinadas instrucciones no queridas por él. En estos casos, antes que vicio del consentimiento, debe sostenerse que existe una ausencia total de consentimiento. Cosa distinta ocurre con la violencia, propiamente dicha, en donde existe una amenaza o coacción moral o física que presiona sobre la voluntad, sin eliminarla. El sujeto actúa voluntariamente, pero como resultado de la indebida presión ejercida sobre él. Varios elementos o notas características distinguen a la violencia. Debe tratarse de una amenaza injusta lo que excluye, en primer lugar, el caso de la legítima defensa, en donde la conducta violenta, por así llamarla, se produce como consecuencia de una agresión inicial de quien, más tarde, va a pretender haber sido coaccionado en esta forma. Y se opone también la injusticia a la amenaza consistente, tan solo, en recordar la posibilidad de ejercitar contra el contratante una acción judicial que sería sustentable en derecho. Así mismo la violencia, para ser considerada como tal, debe ser grave, es decir, producir en el sujeto agredido un justo temor de sufrir un daño considerable en su persona, en su honor o en sus bienes, o en los de quienes le son más cercanos. Esta característica de gravedad se opone al llamado temor reverencial, que existe como consecuencia de ciertas relaciones afectivas, de familia, trabajo, etc. Es decir, que el simple temor que se tiene por algunas personas que merecen un particular respeto o afecto, no es suficiente para considerar que el consentimiento ha sido viciado, cuando se produce en un determinado sentido no querido por el contratante. Por último digamos, para distinguirla desde ahora del dolo, que la violencia puede ser fruto de la actitud del contratante o de un tercero y en ambos casos, llenados los requisitos mencionados anteriormente, se considera como vicio del consentimiento y, desde luego, somete el acto o contrato a la sanción de la nulidad relativa.

Dolo.

Se entiende por dolo la maniobra o conjunto de maniobras engañosas utilizadas para inducir a error a una persona o mantenerla en él, en forma determinante para contratar. Es decir, que en últimas, el contratante celebra el acuerdo por error, pero un error que en este caso es inducido por su contratante. Se distinguen, en consecuencia, en el dolo varios elementos entre los cuales: que existan maniobras fraudulentas, es decir, maquinaciones o engaños producidos con la intención de inducir a la otra parte a error y que dichas maniobras merezcan una reprobación común, observación que está enderezada a distinguir el llamado “*dolus malus*” del denominado “*dolus bonus*”. Este último es el conjunto de recursos, más o menos artificiosos, que utilizan las personas en el proceso de contratación, para destacar las virtudes de los bienes objeto del contrato, minimizar sus defectos, maximizar el cálculo de los beneficios esperados, etc., pero sin que

resulten tan reprobables para la comunidad como para alcanzar la calificación de dolosas, en el sentido que acabamos de expresar. El dolo, además, a diferencia de la violencia, debe provenir de una de las partes, a menos, desde luego, que se trate de un tercero que pueda aparecer obrando en representación o por cuenta de una de ellas. Finalmente, las maniobras deben ser determinantes, para expresar en esta forma la diferencia entre el dolo principal y el llamado dolo incidental, es decir, aquel con el cual se hubiese contratado, pero en condiciones diferentes de las que realmente se hizo. En este caso, algunas legislaciones facultan apenas para obtener un reajuste en las condiciones contractuales, que se acomode a las reales circunstancias que fueron ocultadas al ser inducido el contratante a error.

Ciertas legislaciones incluyen como vicio del consentimiento la mala fe que, a diferencia del dolo, no estaría constituida por las maniobras tendientes a inducir a una parte a error sino, simplemente, a disimular o pretender ignorar el error de la otra parte una vez conocido, es decir, a prevalerse del error en el que se encuentra uno de ellos, una vez se ha tenido conocimiento de tal circunstancia.

Lesión

En general se entiende por lesión el perjuicio pecuniario que experimenta una de las partes como resultado de una desigualdad o desproporción en las prestaciones contractuales. La lesión puede considerarse como noción general aplicable a toda clase de contratos conmutativos o, apenas como posibilidad para algunos de ellos o para algunos otros actos jurídicos. También, en relación con ella, existen dos teorías principales, la de la lesión como vicio subjetivo y la de la lesión como vicio objetivo.

La lesión como vicio subjetivo se presenta cuando una de las partes, abusando de las condiciones de ignorancia, pobreza o inexperiencia de la otra, obtiene un resultado que se considera inequitativo, en consideración a las condiciones de indefensión de ésta última. Como vicio objetivo, en cambio, la lesión sólo se presenta en la medida en que exista una desproporción evidente, cuantificable, consagrada en la legislación, de manera que de una simple estimación o comparación matemática pueda concluirse la desigualdad prestacional.

Entre las causas o circunstancias que dan lugar a la denominada incapacidad relativa podemos citar los siguientes:

- Edad.

Como se deduce sin dificultad de lo que acabamos de exponer,

superado cierto nivel físico al cual se supone corresponde un desarrollo intelectual suficiente para tener un principio de conciencia reflexiva en relación con las determinaciones que se tomen, el individuo deja de ser considerado incapaz absoluto para reconocerse, en adelante, como incapaz relativo cuyos actos y contratos tienen un principio de validez, en ciertas circunstancias. Baste anotar que si bien las legislaciones pueden variar al respecto y de hecho lo hacen, en general esa edad suele situarse alrededor de los 12 ó 14 años, con la particularidad en nuestras legislaciones de establecerse, incluso, una pequeña diferencia entre la edad mínima para la mujer y la mínima para el hombre, con ventaja para aquella.

- Afección mental.

Bajo este acápite comprendemos, quizás con alguna imprecisión, el caso concreto del disipador, o sea, aquella persona que gozando en principio de plena capacidad, actúa en forma ilógica e irreflexiva en el manejo de sus recursos patrimoniales, dilapidándolos sin ninguna explicación racional y sin que tal conducta corresponda a la que habitualmente adoptan las personas de sano juicio. Bien que se califique entonces de una afección mental propiamente dicha, ya que no se trate exactamente de ella, lo cierto es que las legislaciones suelen considerar como incapaz relativo a quien actuando en esta forma ha sido declarado en interdicción, es decir, ha sido declarado judicialmente como dilapidador. Pero la incapacidad relativa de los dilapidadores, además, no se predica en todos sus actos o contratos sino que tiende a restringirse al campo de las actuaciones meramente patrimoniales, dejando por fuera otras decisiones como las que toquen con su estado familiar, es decir, su decisión de contraer matrimonio, el reconocimiento de un hijo natural, etc., posibilidades estas que también corresponden a los menores adultos así no lo hayamos dicho expresamente.

- Estado civil

Durante mucho tiempo, aun cuando este principio se ha revaluado categóricamente en los últimos años, hasta desaparecer prácticamente en las legislaciones inspiradas en el derecho europeo, la mujer casada, es decir, la mujer mayor de edad, plenamente capaz, que contraía matrimonio, sufría una especie de disminución en sus posibilidades jurídicas al quedar sometida dentro del régimen matrimonial a la potestad del marido, personal y patrimonialmente. Por consiguiente y en virtud de su nuevo estado civil, la mujer se encontraba sujeta a una incapacidad relativa que tiende hoy a desaparecer en todos los países, devolviéndole a la mujer casada su plena capacidad de ejercicio.

- Personalidad jurídica.

Aun cuando para buena parte de la doctrina esta forma de enfocar el problema resulta equivocada, debemos traerla a cuento por corresponder a la doctrina clásica sobre la incapacidad, para afirmar que a la misma incapacidad relativa que venimos mencionando se encontraban o encuentran sujetas las personas jurídicas. Afirmación de la doctrina tradicional que se sustenta, además, en la necesidad de estas personas de tener que actuar, como todos lo incapaces, a través de representantes, ante la imposibilidad de hacerlo directamente. Sin embargo, la crítica fundamental ha partido de la base de que las personas jurídicas no pueden actuar directamente, no porque estén afectadas propiamente de una incapacidad, sino porque las distintas teorías sobre su naturaleza jurídica llevan a reconocer que su estructura orgánica es forzosamente distinta de la de una persona natural y en ese orden de ideas, es necesario que las sociedades, y las personas jurídicas en general, tengan que actuar a través de órganos, entre los cuales uno, específicamente, que desempeñe las funciones de representante legal de las mismas, autorizado para comprometerlas frente a terceros.

A lo anterior sólo basta agregar que, por regla general, los incapaces relativos están en condiciones de celebrar ciertos actos y contratos, requiriendo tan solo la ratificación de su representante legal para dotarlos de plena validez y que, cuando la incapacidad proviene de la edad, es posible, prácticamente sin excepción en todas las legislaciones, obtener la habilitación de la misma, en algunas hipótesis previstas por la ley como cuando un menor adulto, mayor de cierta edad, contrae matrimonio o como resultado de un proceso judicial enderezado a obtener dicha declaración. En estos casos pueden celebrar todos los actos y contratos, con algunas restricciones consagradas en la ley.

Es también interesante anotar para nuestro estudio que, en materia comercial, se aplican en principio todas las disposiciones de la legislación civil sobre capacidad y que la tendencia contemporánea, más bien, es ampliar las posibilidades de los incapaces relativos en el caso, por ejemplo, de que estén habilitados de edad o que se trate de la administración de los bienes que conforman su peculio profesional, es decir, que resultan de su actividad laboral o de la explotación de una industria o comercio, casos en los cuales y en relación con estos bienes se les reputa, o por lo menos es la tendencia, como plenamente capaces.

En general, puede decirse que el contrato invalidado no genera derecho a la ejecución ni a la indemnización de daños y perjuicios y que, en lo posible, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su celebración.

(iii) Inhabilidades

La ley consagra también algunas inhabilidades que llama, a veces, incapacidades particulares y que no están ya enderezadas a tutelar el orden público o el interés general, como la incapacidad absoluta, ni a proteger algunas personas específicamente, como sucede con la incapacidad relativa, sino más bien a prohibir la actuación de personas, de suyo capaces, en relación con ciertos actos y contratos. Es lo que sucede, por ejemplo, con la prohibición de algunas legislaciones de celebrar compraventas entre padres e hijos de familia, es decir, hijos no emancipados, que, por consiguiente, están representados por aquellos o lo que sucede en el campo del Derecho Comercial, cuando se prohíbe el ejercicio del comercio a una persona que haya sido declarada en quiebra fraudulenta o culposa.

(iv) Rescisión

Algunos autores estudian la rescisión como una forma particular de la ineficacia contractual, para expresar con ella la invalidez proveniente de un vicio del objeto que produce una lesión a alguna de las partes y que, en ese sentido, se vincularía a la teoría de la lesión enorme, que ya vimos, o a los vicios redhibitorios u ocultos de la cosa en un contrato como el de compraventa, que de haber sido conocidos por el comprador lo habrían llevado a abstenerse de contratar.

3. Condiciones generales y contratos de adhesión ¹¹

3.1. Los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión surgen como excepción a aquellos que siguen el principio general según el cual la concurrencia de voluntades enderezada a producir ciertos efectos jurídicos entre las partes, debe permitir una amplia discusión y un detenido análisis de los términos, cláusulas y consecuencias del acuerdo que va a celebrarse. Esto ocurrirá, a su turno, con la mayor parte de los contratos bancarios, en general y con los fiduciarios, en particular, pues dada la amplitud con que pueden definirse sus términos en virtud de la forma ilimitada en que cabe combinar bienes y finalidades legítimas, hemos sostenido

11. Para este apartado debe consultarse además: Legislación:

· Circular Básica Jurídica: Título V, Capítulo primero, numerales 1.2-1.6.

· Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España. Editorial Civitas, Madrid 1992. Pág. 901- 945. (Físico)

por años que los contratos fiduciarios “son trajes hechos a la medida”. Sin embargo ello no siempre es así en el mundo de los negocios y, en la práctica, son numerosos los casos en los cuales los individuos concurren a contratar y se encuentran con modelos o condiciones generales preestablecidas por su contratante y en relación con las cuales no cabe más acción que aceptarlas “*in integrum*” o descartar el contrato.

3.2. Las condiciones generales de contratación

Debe reconocerse que las exigencias de la vida moderna y, en especial, las de la prestación en masa de los servicios, imponen, casi forzosamente, la necesidad para quien ofrece el servicio masivo de preelaborar un modelo contractual y someterlo así a la consideración de sus potenciales clientes, al menos como esquema primario de referencia para discutir. Dada la multiplicidad de relaciones que se perfeccionan o surgen todos los días no sería posible, en la práctica, discutir con cada uno de los interesados las distintas circunstancias o particularidades que puedan corresponder a un contrato determinado.¹² Igual ocurre, por ejemplo, con los servicios públicos, bien que ellos sean prestados directamente por el Estado o por los particulares. En ambos supuestos incluso, numerosas son las ocasiones en las cuales el Estado interviene para aprobar los modelos o condiciones generales establecidos por la empresa o entidad respectiva. Desde este punto de vista, pues, se trata de un imperativo de la época y de una consecuencia natural de la prestación de cierta clase de servicios. Sin embargo, y en la medida en que la intervención estatal haya sido menos vigorosa, la jurisprudencia suele mirar con alguna desconfianza la existencia de los contratos por adhesión, especialmente, en cuanto a través de las cláusulas preestablecidas se consagren posiciones de privilegio injustificado para quien elaboró el contrato, que resulten inequitativas para quien lo aceptó. Cumple allí el juez una función reguladora en donde, casi que juzgando en equidad, tiende a defender a la parte que se supone más débil, o sea, aquella que tuvo que someterse forzosamente al modelo presentado.

12. RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando en su ensayo “La contratación bancaria y la protección de los consumidores” cita a Federico DE CASTRO para decir que las condiciones generales pueden definirse como “los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar” p. 903 La ley española 7 de 1998, sobre condiciones generales de contratación, dice que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por alguna de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Y agrega, “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión” (Artículo 1)

Diferentes mecanismos suelen mencionarse para proteger a una parte de la cláusula abusiva impuesta por la otra. En primer término la tradicional decisión judicial, lamentablemente tardía, pues nuestra justicia es lenta e ineficaz por su poca capacidad ejemplarizante, pues suele circunscribirse al conflicto concreto sometido al conocimiento del juez que afecta, por lo tanto y en forma exclusiva a las partes en disputa. Pero que, en todo caso, a lo largo de los años y por vía de la doctrina y la jurisprudencia va constituyéndose en precedente, más o menos obligatorio según los sistemas. Desde luego, la eficacia del pronunciamiento judicial se transforma y tiende a volverse plena cuando, como sucede en la ley española, tratándose del contrato de seguros, “declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus contratos”¹³.

13. Ley 50 de 1980, artículo 3, parágrafo 3

35

suelen adoptar este tipo de previsiones.¹⁵

Por último, hay legislaciones donde el reglamento general debe ser depositado en una especie de registro público de comercio que habilita a cualquier organización gremial o de consumidores a “demandar” una o más cláusulas por considerar que son abusivas. De ser fundada la reclamación, para la autoridad administrativa que estudia el reclamo, esta conminará a la entidad depositante del reglamento a retirarla de su texto, so pena de incurrir en sanciones. De nuevo habría que decir que la capacidad disuasiva de un pronunciamiento de este tipo es evidente.

Conviene plantear el problema de orden práctico que surge cuando por virtud de una modificación en la ley o de la simple iniciativa de las instituciones, resulta necesario modificar los reglamentos y se impone, por ende, la obligación de reformar los contratos celebrados con todos y cada uno de los clientes. Ante la imposibilidad, casi física, que en los grandes bancos o en las sociedades fiduciarias significaría el intentar una modificación por vía individual, de los contratos adhesivos o de utilización masiva, el camino utilizado consiste, generalmente, en dotar de publicidad suficiente el proyecto de la reforma que se pretende introducir al reglamento, enviándolo, si se quiere, con los extractos mensuales de la cuenta corriente a todos los clientes, o con la periódica rendición de cuentas si no existe o no cabe la prestación del servicio de cuentas de chequeras, de manera que puedan imponerse de su contenido; fijándoles una fecha límite a partir de la cual entrará la reforma en vigencia y señalando que si antes de esa fecha no se ha recibido manifestación en contrario, se tendrá por aceptada la reforma propuesta. Pues bien, algunos doctrinantes, en forma un tanto ligera, critican este procedimiento por considerar que el silencio del destinatario no es suficiente para tenerse como aceptación y que, por consiguiente, la vía utilizada es inadecuada. Olvidan sin embargo que, así como el silencio puro y simple no ha sido considerado, en general, suficiente para presumir la aceptación, existe lo que la doctrina ha calificado como silencio circunstanciado, vale decir, silencio que dadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la oferta, permiten concluir, sin

cumplirse desde el momento en que obligan a sus destinatarios. Es así como al introducirse por una norma una limitante en el desarrollo de la actividad financiera, la Superintendencia Bancaria se halla expresamente facultada para ordenar que cualquier institución financiera se abstenga de efectuar operaciones en contravención a dicha norma. Así las cosas, la orden de suspensión del cobro de las cuotas de manejo, no se profirió por parte de la demandada en ejercicio de la facultad de revocatoria directa de sus actos administrativos, sino con base en sus funciones preventivas expresamente asignada por el legislador”. (Extracto de la sentencia de agosto de 1995, Magistrado ponente, Delio Gómez Leiva)

¹⁵ España. Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios. (Ley 26 de 1984) artículo 10

muchas sutilezas, una conformidad que, en todo caso, si no es expresa, si será suficiente para ser estimada como aceptación tácita. Desde luego y desde el punto de vista práctico, a fin de fortalecer la eficacia de la previsión, es altamente conveniente incluir en el reglamento la previsión de que ese es el procedimiento establecido para introducir las eventuales modificaciones en el futuro, evidenciando así el conocimiento y la aceptación del cliente que, incluso podía ser objeto de cláusula especial y destacada. A lo que podría agregarse, para defender el procedimiento, que en cuanto los clientes, luego de la notificación sobre la reforma, continúen utilizando los servicios, nos hallaremos frente a una aceptación tácita indiscutible.

3.4. El tema en El Salvador

La protección al consumidor resulta tema de la más absoluta actualidad pues apenas el 31 de agosto del presente año, se promulgó la ley, mediante Decreto 776 de la Asamblea Legislativa de la República.

En el desarrollo del curso hubo oportunidad de evocar numerosas hipótesis de aplicación de la norma o de dudas o conflictos académicos surgidos en torno a su aplicación, incluyendo la obligación de los bancos de aceptar prepagos sin sanción, como regla general, (art. 19, m); suministrar copias de los reglamentos generales de contratación y de los formularios impresos utilizados, (art. 22); creación de la defensoría del consumidor, (art. 56) y del Tribunal sancionador (art.79); y aparente inaplicabilidad de las normas generales sobre mediación, conciliación y arbitraje, cuando se trate de materias relacionadas con los consumidores, para citar los mas importantes.

4. Los agentes financieros¹⁶

Para que el sistema funcione, es preciso que en él participen una serie de agentes autorizados, en virtud de la aplicación de un principio ya secular en el derecho bancario latinoamericano, que atribuye al Estado un particular capacidad regulatoria frente a quienes captan, manejan o invierten recursos provenientes del ahorro comunitario.

La expresión intermediarios financieros puede tenerse como sinónimo de intermediarios bancarios, si la expresión banco se toma en un sentido amplio, o puede comprender tanto los bancos como otros

¹⁶. Para este apartado debe consultarse además:

Legislación:

• EOSF: Artículos 1-6, 11, 8, 24, 27, 29, 30, 33, 36, 38.

• Resolución 400 de 1995, Superintendencia de Valores: Capítulo II.

Doctrina:

• RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 139-147.

intermediarios diferentes, si la palabra bancos se toma en un sentido restringido.

Para los efectos de nuestro trabajo podemos decir que los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica. Si bien el estudio de los bancos y las operaciones bancarias suele sustentarse en las operaciones de crédito que ellos celebran, es decir, en su función intermediadora como captadores y colocadores de recursos, queremos insistir en que ellos no son nada distinto del producto de una economía monetizada que precisa de agentes idóneos para manejar la moneda y que, en consecuencia, como sus administradores, y por esa sola circunstancia, están en condiciones de realizar las operaciones de crédito que se derivan de la mayor o menor disponibilidad de los dineros en su poder.

Un estudio sistemático y claro de los intermediarios financieros, partiendo de los bancos, implicaría el empleo de un método elemental consistente en analizar en qué forma participa cada uno de ellos en la captación y colocación de recursos y qué instrumentos típicos y privativos utiliza para realizar esta intermediación.¹⁷

Ahora bien, no puede olvidarse que a nivel global la tendencia ha sido moverse hacia el modelo de banca múltiple alemán, en buena medida como resultado de la erosión de la base de depósitos, en cuanto los ahorradores se han sofisticado y han optado por orientar sus flujos hacia inversiones más rentables. Por ello los bancos han encontrado necesario prestar toda clase de servicios financieros, bien a través de un esquema de banca universal o polifuncional, ya a través de grupos con la presencia de filiales especializadas en la prestación de nuevos servicios. Lo cierto es que en la actualidad, a más de su función tradicional intermediadora, operan en los mercados de divisas, de valores, de derivados, de seguros y otros. Tal realidad ha obligado a los sistemas legales a redefinir la actividad para someter a quienes la realizan al régimen legal propio y a los controles administrativos que del mismo se derivan.¹⁸

17. Colombia. Tiene como establecimientos crediticios a los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y crédito – hoy prácticamente desaparecidas- y las compañías de financiamiento comercial, si bien deberían agregarse los intermediarios del sector cooperativo. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -E.O.S.F.- artículo 1º.) Ecuador. Señala como instituciones financieras privadas a bancos, sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y cooperativas de ahorro y crédito, que realizan intermediación financiera con el público. (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Codificación RO/250 de 23 de enero del 2.001)

Por lo demás, en un sentido amplio el estudio de los intermediarios financieros comprendería, por ejemplo, a las compañías de seguros las cuales captan recursos en el mercado y los colocan a través de operaciones de inversión bien delimitadas por la ley, o a las sociedades de capitalización que algunos países reconocen como bancos de capitalización e, incluso, las entidades parafinancieras llamadas en ciertos países auxiliares del crédito, como las bolsas de valores, que si no son en realidad intermediarios, en el sentido que capten y coloquen recursos directamente, sí lo son entre los detentadores de títulos y los de capital. Igual sucedería con los almacenes generales de depósito los cuales, a través de los títulos típicos que emiten, el certificado de depósito y el bono de prenda, se constituyen en promotores indirectos del crédito y de la movilización de los activos depositados en sus bodegas.

En el caso del mercado de valores suelen participar y estar controlados por el Estado, las Bolsas de valores, las bolsa agropecuarias y de productos, sus miembros y sus comisionistas, los emisores de valores, las sociedades calificadoras de valores, las sociedades especializadas en la compensación de las operaciones, las sociedades administradoras de fondos de valores y de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las sociedades titularizadas y los fondos de garantía que se constituyan en el marco del mercado, para citar las mas importantes.¹⁹

18. La doctrina anglosajona distingue entre dos criterios: el denominado *list approach* que consiste en establecer un listado de actividades propias que como tales suelen ser exhaustivas y el llamado *formulary approach*, que supone una definición genérica de la actividad, dentro de la cual caben todas las posibilidades subsumibles en ella. En el primer esquema se encuentran los Estados Unidos (National Bank act) y Alemania. En el segundo, países como Inglaterra y, en general, la Unión Europea. El esquema adoptado por el Reino Unido le da especial importancia a la captación de recursos del público (Sección 3 del UK Banking Act) como la legislación colombiana que prohíbe y sanciona severamente la captación masiva y habitual sin autorización . (D. 1.981/88). La Unión Europea ha acogido como esenciales a la actividad bancaria dos elementos: tomar depósitos del público y colocarlos a través de préstamos dados por cuenta propia (Artículo 1 de las Primera y Segunda Directivas) Asi por ejemplo, bajo la última, entidades que se dedican profesionalmente a prestar dinero pero no captan del público, son consideradas" instituciones financieras" pero no bancos. El tema no es sencillo y requiere precisiones. Por ejemplo una entidad cooperativa que solo capte de sus cooperados ¿podría considerarse que no capta del público y escaparse de la definición? ¿Podría ocurrir otro tanto, para quien captara del público pero no realizara préstamos sino se dedicara a invertir en valores? El punto es de evidente importancia pues no solo busca tener claridad sobre los destinatarios de la legislación bancaria sino, principalmente, evitar que los ahorradores terminen defraudados por intermediarios no autorizados. CRANSTON, Ross. Op. cit. ps. 3 y ss.

19. Colombia. Ver reciente Ley 964 de 2005

5. La protección del usuario de los servicios financieros ²⁰

De alguna manera el tema acaba de verse en el punto 3, por lo que nos limitaremos a complementarlo con algunas reflexiones adicionales. Salvo que, como en el caso español, citado a manera de ejemplo, exista una norma expresa de protección al consumidor, su defensa resulta de la existencia de normas generales o de algunas particulares de menor entidad pero idéntico propósito, como ocurriría con la figura del defensor del cliente. E.O.S.F. ²¹

La eficacia de este último mecanismo está íntimamente ligada con el grado de obligatoriedad que generen sus decisiones, es decir, su efecto vinculante frente al banco.

Una vía natural y efectiva surge de la asignación a las autoridades de supervisión de facultades sancionatorias cuando los

20. Para este apartado debe consultarse además:

Legislación:

- EOSF: Artículo 146 # 4, artículo 46, artículo 98 # 4, artículo 97.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo sexto; Título III, Capítulo octavo; Título V, Capítulo primero, numeral 8; Título V, Capítulo Primero, numerales 1.1-1.7.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

Doctrina:

- BENELBAZ, Héctor A. Sistema bancario moderno. Tomo II. Ediciones Desalma Buenos Aires. Pág. 527-536. (Físico)
- BARBIER, Eduardo Antonio. Contratación bancaria, Tomo I –Consumidores y usuarios- Editorial Astrea, Buenos Aires 2002. Pág. 9-123. (Físico)
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España. Editorial Civitas, Madrid 1992. Pág. 945-963. (Físico)

Legislación:

- EOSF: Artículo 146 # 4, artículo 46, artículo 98 # 4, artículo 97.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo sexto; Título III, Capítulo octavo; Título V, Capítulo primero, numeral 8; Título V, Capítulo Primero, numerales 1.1-1.7.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

21. 4.2 Defensor del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán contar con un defensor del cliente, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios. - El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.- Dentro de los parámetros establecidos en este numeral el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general señalará las reglas a las cuales deberá sujetarse la actividad del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.- Corresponderá a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigiladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas." (Artículo 98)

vigilados incumplan normas legales y en estas se incluyan disposiciones que expresa o implícitamente protegen al consumidor o usuario, como se establece en Colombia tanto para la Superintendencia Bancaria,²² como para la de Valores que, por cierto, se fusionarán a partir del 1 de enero de 2006.²³

22. E.O.S.F. 4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones." (artículo 98)
Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

23. Ley 964/2005. Un ejemplo concreto sería el del artículo 40. "PROTECCIÓN DE ACCIONISTAS. Cuando un número plural de accionistas que represente, cuando menos, el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas presente propuestas a las juntas directivas de las sociedades inscritas, dichos órganos deberán considerarlas y responderlas por escrito a quienes las hayan formulado, indicando claramente las razones que motivaron las decisiones."

CASO PRACTICO DEL MODULO I

CERTIFICADO DE DEPOSITO A TERMINO O A PLAZO

Las disposiciones legales de un país establecen lo siguiente:
“Se denominan depósitos a término aquellos en que se haya estipulado, a favor del banco, un preaviso o un término para exigir su restitución.”
“Los certificados de depósito a término que no se rediman a su vencimiento, se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado”.

Se emite por un banco un CDT por valor de US \$ 1.000.000 a un año, con una tasa de interés del 14% efectivo anual.

Durante el curso del año se modifican substancialmente las tasas de captación en el país y el banco reajusta las tasas para depósitos de ese valor y plazo al 8% efectivo anual.

El tenedor del certificado opta por no presentarse a cobrarlo al vencimiento, para ampararse en la norma que se lo prorroga por un año más, a la misma tasa elevada de interés de que gozaba, superior en 6 puntos a la que podía obtener en el mercado.

Usted es el abogado del banco y le preguntan:

- a) ¿Qué podría hacer frente al caso concreto que se presenta?
 - b) ¿Qué recomendaría hacer en el reglamento general de contratación de certificados de depósito a término, para cubrirse de este riesgo en el futuro?
- Indique en ambos casos cuál sería el fundamento lógico jurídico de su recomendación.
- c) Redacte la cláusula que refleja su recomendación para la segunda pregunta (b)

24. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Título Tercero –De los Títulos Valores- Capítulo V. Art. 822.

Doctrina:

· Comité de Sistemas de Pago y Liquidación - La función del dinero del banco central en los sistemas de pago (*extracto*). Agosto de 2003.

· HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 143-162. (Físico).

Las reflexiones que suscita su existencia son simples. No sería posible, en economías monetizadas como las contemporáneas, liquidar las obligaciones dinerarias recíprocas que se generan entre las persona cada día, sin la presencia de un banco. En efecto y como lo hemos dicho muchas veces, si uno quisiera destacar el servicio cardinal que explica la existencia de los bancos y su pervivencia en el tiempo, no puede vacilar en señalar el de caja. El que le permite a un cliente depositar o recibir el monto de sus ingresos y el de poder atender sus erogaciones para atender las obligaciones que ha contraído con terceros. Y esto último no sería posible, en la realidad, de no poderle ofrecer el banco medios o instrumentos de pago, comenzando por el cheque y pasando por todos los documentos u operaciones que le sirven de sucedáneo al dinero y, sin duda, con la posibilidad de hacer transferencias electrónicas, situando el dinero a distancia con la finalidad enunciada. Pero como los bancos, a su turno, interactúan entre si, requieren contar

con servicios y mecanismos equivalentes para liquidar sus posiciones, los cuales son proveídos, al menos en buena parte, por el Banco Central.

1.3. Los servicios del Banco Central

Más allá de su aporte fundamental a la estabilidad de la moneda y, por esa vía, a la de la economía de un país, el Banco Central brinda dos “productos” concretos: el dinero o papel moneda, cuya emisión constituye, de ordinario, un privilegio que se le reserva y las cuentas corrientes para las entidades financieras, el gobierno y ciertos organismos multilaterales. El primero se lo aporta a la economía, vista como un todo. El segundo suele restringirse a los bancos comerciales, como agentes financieros que tienen el privilegio, a su turno, de manejar cuentas corrientes.

1.4. Relaciones de los bancos con el Banco Central ²⁵

Dentro del amplio concepto de Banca Central pueden distinguirse dos grupos de funciones en forma relativamente nítida. Uno que dice con las facultades que le han sido asignadas cuando desempeña el papel de suprema autoridad monetaria. La solución es diversa en los distintos países, pero puede consistir en un ejercicio directo de dichas facultades, por parte de la junta directiva de la institución o, en otros casos, en la descomposición de esa junta de manera que exista un comité especializado que actúe como autoridad monetaria y que tenga la potestad para dictar las normas correspondientes o en fin, que exista una autoridad independiente del Banco Central que ejercite esas funciones desde el punto de vista monetario pero que, de todas formas, en la práctica, estará íntimamente ligada con aquél. El otro aspecto toca con las distintas funciones que se le asignan, ya no digámoslo, como autoridad monetaria, sino como Banco Central en el sentido de ser banco de bancos y banquero del gobierno. Hagamos un rápido repaso de unas y otras.

a) Dictar normas en materia de moneda, crédito, cambios y comercio exterior.

Estas funciones, que como acabamos de decirlo, pueden o no ser ejercidas directamente por un Banco Central, pero que corresponden en todo caso a la idea y noción de banca central, se explican ante la dificultad con que la ley puede reglar situaciones cambiantes y dinámicas,

25. Colombia. La autonomía del Banco de la República, como banco central, tiene rango Constitucional, si bien sus facultades están consagradas en la ley dictada por mandato de la misma Carta y deben ser ejercidas de manera armónica con las de otras autoridades, con el fin de buscar de consuno la obtención de los altos fines del Estado que les corresponden. (Corte Constitucional. Sentencias C-021/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-481/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

cuya regulación debe adecuarse a las nuevas circunstancias en forma expedita, si no automática, si se quiere obtener un resultado eficiente. En otras palabras, que dados los mecanismos tradicionales que deben emplearse para expedir la ley por el legislador ordinario, es casi imposible que la misma pueda ajustarse en la forma ágil que las circunstancias económicas requieren, en especial porque en estas materias de moneda, cambios o comercio exterior, ellas suelen presentarse sin previo aviso y ante una reacción retardada o inadecuada, se tienen que asumir, por lo general, consecuencias gravosas para los países y los sistemas bancarios.

Las funciones principales en este aspecto dicen en verdad con las materias de moneda y crédito y dentro de ellas pueden enumerarse, a manera de ejemplo, el señalamiento de cupos de crédito que puedan ser utilizados por los bancos, la fijación de tasas de interés, tanto para estas operaciones como para las de descuento o las mismas operaciones activas de los bancos; el señalamiento de encajes o de reservas que deben mantener los bancos respecto a los pasivos captados; el establecimiento de inversiones forzosas o la obligatoriedad de colocar determinados porcentajes de los recursos en cierto tipo de préstamos que corresponden a la atención de sectores prioritarios, en el sentir de las autoridades; el establecimiento de relaciones porcentuales entre el capital y la reserva y el total de los pasivos que pueden contraer las entidades; la fijación de topes o porcentajes periódicos de crecimiento para ciertos rubros del balance, etc. Como se ve, todas estas disposiciones son eminentemente técnicas y su movilidad deber ser axiomática ante la imposibilidad de contar con condiciones económicas estables que garanticen la permanencia más o menos larga de las mismas. Cabe también que la banca central tenga asignadas facultades en materia de cambios y comercio exterior, especialmente en los países en que no existe libertad cambiaria o esta se encuentra restringida y, por consiguiente, se requiere regular toda una serie de aspectos, tales como el endeudamiento en moneda extranjera; las tasas de interés de las operaciones internacionales; las oportunidades y plazos de reembolso, los depósitos que deban constituirse para verificar importaciones; la forma como deben reembolsarse los productos de las exportaciones; la contabilización de las reservas internacionales, etc.

b) Emitir la moneda.

Hemos dicho también que en la actualidad, y casi sin excepción, la emisión de la moneda es función reservada en forma privativa al Estado y asignada por lo general al Banco Central que, como consecuencia, es banco emisor. Sin embargo, para evitar los abusos de antaño y los desajustes producidos por ellos, la ley establece limitaciones severas sobre la causa eficiente y única permisible para la emisión de

dichas especies monetarias, estableciendo, que los billetes sólo pueden ser emitidos por adquisición de oro, si este es el patrón monetario del ordenado que la emisión se ajuste a los más serios postulados de técnica y seriedad, únicos que pueden asegurar la estabilidad de la moneda y, por ende, la del país.

El tema es esencialmente distinto, como sucede en El Salvador, cuando se ha renunciado a la emisión de la moneda para utilizar una divisa como propia, en este caso el dólar de los Estados Unidos de América, pero es válido y de recibo en los demás aspectos.

c) Ser Banco de los Bancos.

Con esta expresión quiere indicarse que el Banco Central proporciona de ordinario a los bancos comerciales casi la totalidad de los servicios que éstos, a su turno, prestan a sus clientes. Puede ser depositario de sus recursos, prestamista y descontador, realizar transferencias en su nombre, hacer pagos a terceros, mantener depósitos en custodia o encargos fiduciarios, etc. Pero, además, ofrece por lo general un servicio muy importante, consistente en ser cámara de compensación para las operaciones interbancarias y, por consiguiente, liquidador de las cuentas recíprocas, especialmente de las que derivan de la remisión hecha por unos a otros de cheques a su cargo.

d) Ser banquero del gobierno y agente fiscal suyo.

Así como presta servicios a los bancos comerciales lo hace también con el gobierno, en todas las posibilidades que hemos contemplado, de la cual la más importante es ser su prestamista, en lo que hace relación con las operaciones típicamente bancarias. Ahora bien, para conciliar este aspecto con el de la emisión de moneda, existen también rígidas disposiciones tendientes a evitar un endeudamiento excesivo por parte del gobierno. Para ello se aplica usualmente un principio, según el cual las sumas prestadas al gobierno deben corresponder o satisfacer, de manera exclusiva, necesidades transitorias de tesorería, guardando una relación directa con los ingresos corrientes del Estado y constituyendo tan sólo un avance en relación con ingresos que, habiéndose causado, no han sido aún percibidos por la tesorería o por la entidad correspondiente se agregan, como es obvio, requisitos de forma sobre la utilización de documentos de deuda, que deben ser suscritos en la forma prevista por la ley.

Además, el Banco Central actúa como agente fiscal del gobierno, sobre todo para la colocación de títulos de deuda emitidos por éste, los cuales a veces garantiza y atiende fiduciariamente, encargándose de su amortización, del pago de los intereses, etc.

e) Ser depositario de las reservas.

Facultad que parece lógica y explicable es la de conservar las reservas del país, bien en forma física, manteniéndolas en sus arcas, ya invirtiéndolas en terceros países o en obligaciones emitidas por éstos, de manera que las mismas produzcan una adecuada rentabilidad. El manejo de las reservas suele correr parejo con la administración de los recursos que cada uno de los países tiene en organismos internacionales de crédito, de los cuales deben ser socios según sus estatutos. Así mismo, esta función comprende casi siempre el manejo de los convenios de pago y de compensación, suscritos entre el país de que se trate y otros países.

2. La compensación interbancaria ²⁷

2.1. Los depósitos en cheques

La disponibilidad, por parte del titular, de las sumas correspondientes a consignaciones en cheques depende, ante todo, de la persona del librado pues pueden depositarse cheques a cargo del mismo banco o de otros situados en la misma plaza o en plaza distinta del país o aún en el exterior. No es difícil imaginar que los librados sobre el mismo establecimiento, en cuanto el banco puede proceder de inmediato a verificar si existen fondos disponibles, facultan al cliente, en forma casi automática, para librar cheques o hacer retiros contra los fondos respectivos.

Distinta cosa ocurre con cheques librados a cargo de otro banco, sobre el particular, las legislaciones suelen sentar el principio de que los cheques se reciben en consignación "salvo buen cobro" lo que significa que, aun cuando contablemente se abonen en cuenta, sólo podrá disponerse de la suma correspondiente si ellos son descargados por el banco librado. Si se trata de un banco del mismo país y en la

27. Para este apartado consultar además: Legislación:

- Ley 31 de 1992: Artículo 23.
- Decreto 1207 de 1996:
- Circular Básica Jurídica: Título III, Capítulo primero, numeral 4.
- Circular Reglamentaria externa – DSEP – 153. Sistema de Compensación Electrónica de Cheques y de otros instrumentos de pago –CEDEC–.
- Código De Comercio: Art.719.
- 21th. Century Act. Estados Unidos

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios*. Pág. 343-346,
- Concepto No. 1999023217-2. Mayo 6 de 1999. Intendente de la Delegatura para intermediación financiera. (Físico)
- Comentarios y resumen del articulado de la 21th. Century Act elaborado por los miembros de Rodríguez Azuero Asociados.

medida en que exista el mecanismo, el cheque será enviado a la cámara de compensación de la plaza girada, y la posibilidad de disponer de los fondos dependerá de un plazo fluctuante, según el tiempo que se requiera para confirmar el pago del instrumento,

Parece interesante destacar la condición en que actúa el banco depositario en estos supuestos, Recuérdese que el cheque debe ser presentado en tiempo para su pago y que, en consecuencia, el banco actúa como un comisionado para el cobro, esto es, que el endoso estampado por el depositante, cliente del banco intermediario, debe considerarse como un endoso restrictivo, que faculta al banco para presentarlo al librado para su pago y cobrarlo. Salvo excepciones, en las cuales los interesados deberían estipular lo contrario, el banco actúa no como propietario de los instrumentos sino como simple tenedor al cobro.²⁸

En otras palabras, el negocio del banco no consiste en adquirir cheques y correr los riesgos propios de la eventual insolvencia del deudor, sino en prestar el servicio a su clientela consistente en utilizar su estructura y la propia del sistema bancario, en particular, la de la cámara de compensación, para presentarlos al cobro a los librados. Por consiguiente, el titular de la cuenta no puede disponer de los saldos sino cuando se produzca la confirmación del pago o después de un determinado plazo previamente establecido por el banco, dentro del cual considera que ha podido obtener la confirmación o infirmación de la orden.

Aun en casos excepcionales en los cuales por negociar el instrumento, es decir, por recibirlo en propiedad, el banco faculta a su cliente para disponer de inmediato de la suma, la doctrina se muestra vacilante. Hay quienes sostienen que jamás el banco adquiere los cheques y que en este supuesto lo único que hace es concederle un crédito al cliente sobre el título, que continuaría siendo de propiedad de este último y en relación con el cual los riesgos serían a su cargo, se trataría entonces de que, por regla general, el cliente no puede disponer del cheque hasta que no se confirme su cobro y que, sólo por excepción, puede hacerlo ante el anticipo verificado por el banco con la garantía del mismo título, pero en ambos supuestos conservando el cliente la propiedad del instrumento y actuando su banco como un simple mandatario para el cobro.

En cualquier forma es evidente que si el banco no adquiere la propiedad del título o se aplica el principio de "salvo buen cobro", en

28. Colombia. "Todo cheque consignado de entiende 'salvo buen cobro', a menos que exista estipulación en contrario." (Art. 1383 Código de Comercio)

caso de no pago del cheque el banco está autorizado para debitar la suma correspondiente y aun para ejercer las acciones judiciales que cupiesen contra las distintas partes intervinientes en el título.

2.2. La cámara de compensación

El mecanismo es bien conocido y ha consistido, en síntesis, en que los cheques recibidos por un cierto banco a cargo de otros, en lugar de presentarse para su pago directamente a éstos, sean enviados a la cámara de compensación en donde se lleva una cuenta de cada uno de los bancos con sus congéneres. Allí, a su turno, se han recibido los cheques de los demás bancos contra el banco de nuestro ejemplo, de tal forma que se producen los asientos contables y las compensaciones correspondientes de manera que tan sólo el saldo final que resulte a favor de este banco o en su contra, se abona o carga en cuenta. Y así, desde luego, con todos los demás. En esta forma no sólo se opera con una enorme agilidad, sino con una eficiente economía de tiempos y movimientos, que permite determinar rápidamente los saldos de cada una de las entidades en el Banco Central, como resultado de la transacción de la cámara de compensación. La operación que, por ejemplo, se ha hecho en la noche o en varias etapas durante el día, se reversa, por así decir, en la mañana siguiente, con los cheques que hayan sido devueltos por los bancos librados por defectos de fondo, inexistencia de fondos, etc., caso en el cual se vuelven a cruzar las partidas resultantes de las devoluciones y se hacen los ajustes correspondientes en los saldos.

2.3. La compensación electrónica

Este tradicional procedimiento ha venido a remplazarse por la utilización de cámaras de compensación electrónicas que permiten eliminar la remisión física de los cheques y la sustituyen por el envío periódico y recíproco, por vía electrónica, de listados de cheques a cargo de los demás bancos, de manera que el banco central establezca con base en ellos los saldos resultantes para el sistema. Aunque el procedimiento no está exento de riesgos y supondría, en su forma plena, el truncamiento circulatorio de los cheques, tiene una serie de ventajas evidentes y se producen una serie de consecuencias significativas tanto jurídicas como económicas.

En efecto, comienza a quebrarse el principio según el cual el ejercicio de los derechos derivados del cheque supone su presentación al librado y se presume cuando se hace en cámara de compensación, pues no va a realizarse presentación alguna. Con los naturales riesgos de tener que pagar sin la verificación física del instrumento. Dados, sin embargo, los ahorros que el mismo sistema puede generar, los bancos pueden definir a partir de que nivel se hace el truncamiento de la

circulación de los cheques, de manera que solo los que excedan un cierto valor se envíen físicamente a la cámara. Y los riesgos pueden ser razonablemente cubiertos por un seguro de exceso de pérdida, que se combine con un autoseguro constituido con parte de los ahorros.

3. La cuenta corriente bancaria ²⁹

3.1. Consideraciones preliminares

Nuevamente nos encontramos con un problema semántico pues al distinguir con este nombre al típico contrato bancario, tienen que presentarse confusiones. En efecto, no queremos calificar en esta forma tan sólo a las innumerables cuentas corrientes, desde el punto de vista contable, que un banco pueda tener con su clientela, en cuyo caso el término bancario nada agregaría. La expresión contrato de cuenta corriente bancaria o de depósito en ella, reviste un particular significado que brindaría de seguro menos confusiones de llamarlo, por ejemplo, contrato de cuenta de cheques, como sucede en algunos países latinoamericanos.

Las principales discrepancias entre los autores sobre la naturaleza jurídica de este contrato y sus semejanzas o diferencias con la cuenta corriente mercantil, obedecen, en primer lugar, a una diversa utilización de los términos. Para unos, en efecto, la cuenta corriente bancaria sugiere el sustrato que soporta distintas relaciones credituales o de servicios entre el banco y sus clientes, de manera que se acerca a la concepción contable más que a la jurídica.

Para otros, en cambio, y nos incluimos en esa posición, la expresión cuenta corriente bancaria, si bien equívoca por las razones que hemos anotado, corresponde a un contrato específico que es aquel en el cual, facultados los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero, producen estos últimos mediante la utilización del título valor denominado cheque. Es en la utilización de este típico instrumento a cargo de los bancos y el análisis de sus funciones peculiares, al permitir al cuenta correntista mantener las ventajas del depósito custodiado por

29. Para este apartado consultar además: Legislación:

- EOSF: Artículos 2 # 2, 7, 125,
- Código de Comercio: Artículos 1382-1415.
- Código Civil: Artículos: 1714-1723.
- Circular Básica Jurídica: título III, capítulo primero, numerales 1 y 2.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 309-321.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez. Bogotá, D. C., 7 de junio de 2002.

un banco y al Mismo tiempo contar con la disponibilidad sin reservas de su dinero, que entendemos el contrato de cuenta corriente bancaria.

Sobre el eje del depósito irregular de dinero, con las peculiaridades que veremos y la utilización del cheque como título típico de disposición de los recursos, hemos estructurado la noción de contrato de cuenta corriente bancaria. Por consiguiente, tendremos forzosas diferencias con quienes analizan la cuenta corriente bancaria pensando que "es solamente un pacto accesorio de determinados contratos de crédito". Ya vimos la cuenta corriente en su acepción contable, pero una vez circunscrito el concepto jurídico de contrato de cuenta corriente bancaria al contrato de cheques, por así decirlo, o de cuenta de cheques como le llaman otros, es evidente que la diferencia de opinión no es tal, en el sentido de que estamos hablando de cosas distintas. Es más, estamos de acuerdo con la presentación meramente contable si se quiere, pero advertimos que la expresión quiere identificar un contrato regulado por muchas legislaciones latinoamericanas y, desde luego, de la más frecuente utilización en los bancos del continente. Es nada menos que el contrato que posibilita a los bancos para captar el mayor volumen de recursos a través de la vía que les es específica, depósitos a la vista, y cumplir así su función intermediadora.

3.2. Apertura de la cuenta 30

Para la apertura de la cuenta el banco adopta algunas precauciones orientadas a identificar la persona de su eventual contratante y sobre todo su moralidad y buena reputación, pues, como se recuerda, tratándose de contratos bancarios, la confianza y buena fe de las partes supone que gocen de las más altas calidades morales, las cuales se presumen en el caso de los bancos. Aunque es materia de prolija reglamentación interna por parte de los bancos en los diversos países, las precauciones o requisitos que en general toman, pueden sintetizarse así:

a) Identificación del contratante

No sólo para precisar la identidad misma de la persona natural, sino la existencia de las personas jurídicas. En relación con éstas, es habitual, por no decir que imperioso para los bancos, solicitar la

30. Para este apartado consultar además:

Legislación

- Circular Básica Jurídica: Título II,
- Código de Comercio: Artículo 1400-1407.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 321-411.

documentación jurídica que permita establecer la forma de constitución, la estructura orgánica, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, las facultades del representante legal, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo para contratar, la existencia de permisos de funcionamiento, etc.

b) Verificación de la solvencia moral y económica

La verificación de la solvencia moral se logra investigando los antecedentes comerciales del interesado, tomando adecuadas y suficientes referencias comerciales y bancarias de establecimientos con los cuales ha tenido negocios o en los cuales ha obtenido crédito, precisando la forma en que ha cumplido, etc. En cuanto a la solvencia económica, demandándole sus estados financieros para determinar la composición de su patrimonio, la rentabilidad de su negocio, las relaciones entre sus activos y pasivos, su grado de solvencia, liquidez, capacidad de autofinanciamiento, etc., es decir, la determinación de un conjunto de coeficientes financieros indispensables para conocer al cliente y sustentar más tarde la concesión de crédito y la prestación de los servicios que solicite.

c) Lleno de requisitos formales

Comprende la suscripción misma del contrato o del reglamento de cuenta corriente bancaria; los registros de firmas del titular de la cuenta y de sus representantes, necesarios para poder cotejarlas ulteriormente con las utilizadas en las órdenes de pago, la correspondencia, y en especial, los cheques que libre a cargo del establecimiento bancario. Exige allí el banco, si no está contenido en el reglamento de cuenta corriente, un conjunto de facultades determinadas a poder verificar ciertos cargos en cuenta o producir compensaciones, si la ley no lo ha establecido ni lo prohíbe, etc.

d) Prevención del lavado de activos

Aunque está implícito en el ordinal b), lo mencionamos separadamente porque se trata de uno de los temas más delicados en la actividad bancaria de nuestros días. A partir de la Convención de Viena y como resultado de los hechos luctuosos del 11 de septiembre, se ha venido reforzando un sistema de control tendiente a evitar, en lo posible, que los sistemas financieros sean utilizados como medios para el lavado de dineros mal habidos o destinados a financiar el terrorismo.

Ello impone una severa carga de responsabilidades a los bancos y sus funcionarios pues el desarrollo que el tema ha tenido en los últimos años supone que no solo existen severas sanciones administrativas sino

que las conductas de lavado de activos han sido tipificadas como penalmente punibles. De hecho se trata de tema muy sensible que hemos analizado críticamente en fecha reciente pues nos parece que, de alguna manera y por esta vía, el Estado traslada responsabilidades que deberían estar en cabeza de las autoridades gubernamentales, para ponerlas en la de las entidades bancarias, a enormes costos y sin que se conozca el resultado del esfuerzo descomunal que ello implica.³¹

En la práctica se establece un procedimiento que compromete a la Junta directiva de cada entidad y le impone la adopción de manuales y sistemas complejos de control, que incluyen la designación de un funcionario de alto nivel u “Oficial de cumplimiento”, totalmente independiente y quien, con el concurso de la Auditoría interna y de la Revisoría fiscal, debe mantener periódicamente informada a la Junta y a las autoridades sobre los resultados de su gestión.

El sistema supone el cumplimiento de un moderno mandato socrático: “Conoce a tu cliente” e implica estar en capacidad de detectar si realiza una operación inusual dadas sus capacidades económicas, el nivel de sus ingresos, sus hábitos de consumo y otros indicadores similares. Si ella se produce y una vez analizada, puede volverse “sospechosa”, caso en el cual debe ser reportada a las autoridades, normalmente sin responsabilidad del informante, como suele consagrarse en las leyes que se ocupan del tema.

Muchos bancos internacionales han procedido a regular internamente lo que denominan “función de cumplimiento” y que, vinculada o no con el responsable del departamento legal, tiene como propósito fundamental el de velar porque todas las áreas de la entidad cumplan las disposiciones legales, lo que resulta un tanto curioso pues se supone que eso lo que los bancos, como profesionales, deben hacer de forma espontánea y permanente. Por lo que la tendencia suscita varias lecturas: que se ha puesto en evidencia que no se está cumpliendo la ley como sería de esperarse, lo que genera riesgos legales y reputacionales que pueden impactar severamente la imagen de la institución y que haya que corregir la falla o que, quizás, es tanta la multiplicidad de las normas que no puede presumirse su conocimiento, razón por la cual, alguien debe encargarse de traducir las disposiciones legales en conductas operacionales cuya aplicación sea forzosa y cuyos incumplimientos eventuales sean inmediatamente detectables y corregibles.

31. Consultar el texto de la conferencia denominada “El abogado en un mundo sospechoso” dictada en el marco del XXIV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, realizada en Santiago de Chile los días 29 y 30 de septiembre de 2005.

3.3. Obligaciones del banco

3.3.1. Recibir depósitos

La primera facultad del cliente es realizar depósitos en dinero o en cheques. En este caso pueden ser a cargo del mismo banco o dentro del colega, sobre la misma plaza o sobre una diferente. Esta última hipótesis conduce a las llamadas “remesas”. Para todos los cheques se aplica el principio del “salvo buen cobro”, esto es, no puede disponerse del saldo sino cuando los mismos hayan sido pagados. Como en el caso de las remesas el tiempo de presentación es mas demorado, pues deben enviarse a su destino, cabe la posibilidad de que el banco acepte negociarlas, esto es, autorizar al cliente para girar sobre el saldo equivalente mediante el pago de una contraprestación.

3.3.2. Facilitar los documentos o mecanismos necesarios

Dice fundamentalmente con los cheques en cuanto se trate, como suele ocurrir, de documentos necesarios para el movimiento de la cuenta que deban ser extendidos en formularios preimpresos o autorizados por el banco.

Se extiende, así mismo, a los formularios o documentos requeridos para hacer las consignaciones,³² si bien algunos sistemas operacionales permiten realizarlas sin la elaboración de formulario alguno, bastando su recibo por el cajero y la expedición y entrega de un recibo que arroja la caja.

3.3.3. Llevar cuenta corriente e informar sobre su estado

El banco requiere conocer a cada instante el saldo de sus clientes. Si alguien se presenta a cobrar un cheque por ventanilla, no puede ignorarlo. Ello implica que mantenga una contabilidad en tiempo real, para utilizar una expresión de la banca electrónica.

Debe suministrar un estado periódico del movimiento de la cuenta o extracto de la misma, que registre sus movimientos y el saldo a la fecha de corte, el cual puede ser obtenido fácilmente y en cualquier momento y con cualquier periodicidad, por acceso a distancia, si media un acuerdo con el banco.

Muchas legislaciones consagran la obligación de devolver los cheques originales que hayan sido pagados durante el período, pero los bancos tienden a cumplirla poniéndolos a disposición del cliente en sus

32. Colombia. “Constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente el recibo de depósito expedido por el banco. ...” (Artículo 1384 Código de Comercio)

oficinas desde la fecha de corte. De hecho la compensación electrónica y el truncamiento en la circulación de los instrumentos, pues ellos reposarían en poder del banco depositario y no del librado, plantea un evidente problema práctico, pues sería preciso recogerlos en los distintos intermediarios para poder disponer de ellos.

En general, hemos defendido la conveniencia de que se conserven en los bancos, que suelen microfirmarlos y mantenerlos debidamente archivados, de manera que sea fácil obtenerlos si se requieren, por ejemplo, como prueba judicial.

3.3.4. Pagar los cheques

Constituye la obligación primordial del banco, que es la de devolver el depósito. Supone la verificación de una doble serie de requisitos: los que dicen con la que hemos llamado relación externa, surgida como consecuencia del libramiento del cheque a favor de un tercero tenedor que lo cobra, y la que denominamos relación interna que dice con el vínculo contractual con su cliente.

a) Requisitos de validez

Suponen establecer que el título llena los requisitos del título valor incluyendo la existencia de un banco librado, del derecho incorporado y de su oportunidad para ejercerlo, de la fecha y lugar de creación, de la legitimación del tenedor y de la existencia de una firma del suscriptor.

b) Requisitos de regularidad

Pero una vez establecido que quien se presenta es un tenedor legítimo del título valor, (relación externa) es preciso volverse sobre la relación directa con el cuentacorrentista, para verificar aspectos tales como que se trate de las chequera del librador, que la firma sea la registrada en el banco, que existan fondos suficientes, que no haya orden de no pago, etc.

c) Justas causas para no pagar

Surgen, en lo esencial, de no encontrar cumplidos, en todo o en parte, los requisitos que vienen de citarse y se extienden, normalmente, hasta la presentación extemporánea del cheque.

d) Pago parcial

Es una solución mercantil que excepciona el principio

tradicional de las obligaciones según el cual las mismas deben ser cumplidas en la forma y términos originalmente concebidos. Se explica por considerar que en el mundo de lo comercial y teniendo en cuenta que un pago parcial no es novatorio, es posible recibir un abono, lo cual no afecta los derechos del tenedor para ejecutar al deudor de inmediato por el saldo y, en cambio, libera en el monto del pago a los obligados en vía de regreso.

e) Responsabilidad por mal pago

Hemos dicho que pagar constituye la obligación fundamental del banco de restituir la suma depositada. Hemos visto cómo debe llevarse a cabo el pago, qué requisitos deben verificarse por parte del banco, en qué casos podría entenderse que existe una justa causa para no hacerlo y en qué consiste, por último, la figura del pago parcial. Debemos estudiar ahora qué sucede cuando el banco, creyendo cumplir con su principal obligación, realiza el pago en forma indebida. Advirtiéndose que la responsabilidad que pueda surgir a cargo del banco tiene que fundarse en la existencia de un daño para el titular, para cuyo resarcimiento pueda ser válidamente demandada la entidad. En otras palabras, la irregularidad eventual en el pago puede resultar irrelevante, desde el punto de vista de la responsabilidad del librado. Si pese, por ejemplo, a los defectos de fondo o forma del instrumento el pago se hace a la persona habilitada para ello, ésta no tendrá nada que reclamarle al librador del cheque ni el último tendrá sustento para poder demandar al banco, al no haberse causado ningún perjuicio. Lo que, en síntesis, significa que no todo pago irregular constituye un mal pago y que reservamos ese calificativo para aquellos casos en los cuales surge una responsabilidad a cargo del banco.

Se pueden clasificar en dos grandes grupos las hipótesis que originan un mal pago. En primer lugar, el pago realizado sin la debida verificación de los requisitos generales sobre la validez y la regularidad del instrumento, que originará responsabilidad en cuanto se acredite la producción de un daño como consecuencia de la conducta del banco. Y en segundo lugar, el mal pago vinculado a la falsificación de la firma o del formulario o a adulteraciones en el texto, que por implicar la comisión de hechos dolosos permiten presumir que se han realizado para obtener un beneficio indebido en detrimento de los intereses patrimoniales del titular de la cuenta y suelen aparejarlo.

En relación con el primer grupo de supuestos, nos basta observar que, en buena parte de los casos, el pago irregular, que podría ser calificado de mal pago por algunos, no produce responsabilidad a cargo de la institución por no irrogarse un daño a su cliente. Tomemos el caso de una persona que libra un cheque a cargo del banco librado

pero omite poner la expresión cheque, que vamos a suponer es elemento esencial del título en el país respectivo. El banco no se percató de la omisión y procede a pagarlo al beneficiario. Pues bien, en este supuesto aunque se tuvo por cheque al título que no lo era, la orden de pago fue atendida, el beneficiario recibió la suma y no tiene reclamación alguna que hacerle al titular. No existe el presupuesto indispensable que permitiría calificar de malo al pago y deducir una responsabilidad para el establecimiento bancario. E igual cosa podría decirse en relación con el lleno de los requisitos esenciales para tener al título valor como cheque en el momento de su presentación.

Pero si otros aspectos de irregularidad, por así llamarlos, se presentaran, como si el tomador no fuese en estricto rigor el último eslabón en una cadena ininterrumpida de endosos, de manera que desde el punto de vista técnico jurídico pudiese glosarse su legitimación para cobrar, esta circunstancia sería también irrelevante en la medida en que persona alguna reclamara por el hecho del pago o de la forma como se realizó; ni el cliente, de otra parte, rechazara el cargo en cuenta por corresponder a la suma por la cual había impartido la orden. Por lo tanto, es en la existencia del daño y en la posibilidad de imputárselo al banco que debe estudiarse el problema del mal pago del cheque.

En la segunda hipótesis de irregularidades, aquella que toca con las alteraciones, borrones, raspaduras y, en concreto, con la falsificación del instrumento o de algunas de sus partes esenciales, puede sostenerse que en la mayoría de los casos y en cuanto se trate de conductas dolosas, va a producirse, un perjuicio y por ende una eventual responsabilidad para el banco. Tal vez por eso los autores, al hablar de la responsabilidad por mal pago de un cheque, suelen limitarse con frecuencia a tratar tan solo este aspecto del problema.

Desde luego, como en el caso anterior, si pese a la existencia de un borrón el banco paga satisfaciendo la orden de su cliente, de manera que ni el tomador puede reclamar frente al librador ni éste frente al banco, la irregularidad en que éste haya incurrido carece de relevancia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual.

Por eso nos limitamos a estudiar los supuestos en los cuales la adulteración modifica algunos de los elementos esenciales como el nombre del beneficiario, sustituido por el de otra persona, o se aumenta la cantidad por la cual el cheque fue librado o se modifica la fecha de emisión para evitar que opere la caducidad, etc. En todos estos ejemplos el pago verificado por el banco puede traducirse en un perjuicio para su cliente, en forma inmediata, cuando paga una cantidad superior a aquella por la cual se había impartido la orden de pago, por ejemplo, o mediata, cuando paga a una persona distinta del beneficiario y éste

lo demanda y vence en juicio de manera que lo habilita para repetir contra el banco. No son muy afortunadas las legislaciones sobre cheques en relación con esta última hipótesis, pues los plazos para la reclamación por parte del titular corresponden a supuestos que no encajan de ordinario en el que acabamos de mencionar. La reclamación por mal pago, supone que el titular de la cuenta se entere de dicho pago. ¿Y cómo lo hace? A través, por regla general, de la recepción del estado de cuenta o del extracto periódico que el banco debe mandarle y que hemos comentado en este mismo capítulo. Es a partir de ese momento que el cliente puede percatarse, por lo menos en la mayoría de los casos, que se ha presentado un mal pago por los aspectos que venimos observando. Tal sucede si el cheque número 2732 de su cuenta fue librado según sus registros por 100 y aparece pagado por 1.000 o si hay un cargo en su cuenta que corresponde a un número de cheques que jamás ha formado parte de su libreta, para citar dos hipótesis frecuentes. Lo que en otras palabras significa que no puede reclamarse por un pago antes de conocer el cargo en cuenta a través del extracto a que hemos hecho referencia o recibir los cheques originales que haya pagado el banco, si tal cosa no ocurre simultáneamente.

Decíamos, sin embargo, que las legislaciones no suelen ser muy afortunadas al respecto porque no queda cubierta allí la hipótesis, por ejemplo, de que la falsificación haya consistido en cambiar el nombre del beneficiario para que un tercero, sustituyéndolo en forma abusiva, se presente a cobrar el instrumento. La constatación sobre esta modalidad de falsificación sólo será posible en los casos en que se recibe el original de un cheque pagado, pero no cuando tan solo se envía un estado de cuenta de cuya lectura el titular puede verificar que el cheque número tal fue pagado por la determinada suma, que corresponde con precisión a sus registros y sólo más adelante, cuando la persona a cuyo favor había sido librado y enviado por correo, por ejemplo, demande el pago de la obligación fundamental que dio lugar a su giro, va a evidenciarse la comisión de un delito que hasta entonces había estado a la sombra. Por ello, nos adelantamos a observar cómo, en esta hipótesis, las reglas que mencionaremos en seguida sobre plazos y caducidad no serían de aplicación, en estricto derecho, por cuanto parece inequitativo hablar de una caducidad en relación con un hecho que generaría una acción, pero se desconoce por la persona afectada por él, salvo que su ignorancia resultase culposa a la luz de las prácticas comerciales.

Los sistemas adoptados por las legislaciones parten de la premisa consistente en la notificación al titular de la cuenta del estado de la misma y del establecimiento de un plazo contado a partir de ese momento para que el cliente manifieste su conformidad o los reparos que la misma le merezcan, presumiéndose que de no formular estos

últimos dentro de ese plazo, se extingue la acción que tendría contra el banco para reclamar por el mal pago. Esto es, que al cliente se le exige una conducta positiva si quiere fundar su reclamación, consistente en manifestar en forma expresa su rechazo a cualquiera de los cargos relacionados en el extracto, dentro de un determinado plazo.

El plazo suele ser relativamente corto, como una quincena o unos meses y tiene mayor o menor fuerza frente a los jueces si está establecido por la ley o resulta de una cláusula impresa en el contrato adhesivo celebrado.

De todas maneras, la existencia de un plazo para reclamar es lógica porque, en caso contrario, existiría un permanente estado de indefinición en relación con cuentas que el cliente ha tenido posibilidad de estudiar, analizar y glosar, de haber encontrado alguna inconformidad. Es decir, con la aplicación del principio de un plazo presuntivo el banco quedará liberado de su responsabilidad por la sola circunstancia de que la reclamación no se formule en tiempo. Una vez presentada la reclamación la acción judicial resultante queda sometida a los plazos generales de prescripción o a los particulares establecidos por la ley en cada país.

Respecto a la responsabilidad del banco por haber pagado un cheque falsificado o cuya cantidad se haya alterado, existen dos teorías fundamentales que constituyen ejemplos representativos de lo que puede ser una evolución legislativa y doctrinal en este sentido.

En primer término, la llamada teoría del "riesgo creado" o de la "responsabilidad profesional" según la cual la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quien profesionalmente, esto es, de manera reiterada, pública y masiva, se beneficia con los resultados de la misma. Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es rembolsar a ese titular los dineros en la forma en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación, adulteración de las cifras, etc., no puede perjudicar a ese titular, sino que debe asumirse por el banco. De conformidad con esta teoría, probado que sea por el cliente que su firma, por ejemplo, fue falsificada o que la cantidad por la cual emitió la orden de pago fue adulterada, el banco tendría que responder por los perjuicios causados. Si se prueba que el cheque se libró por 100 y que la cantidad se adulteró pagándose por 1.000, el banco, en virtud de la aplicación de la teoría del riesgo creado o la responsabilidad profesional, deberá rembolsar la diferencia de 900.

La teoría de la culpa, en cambio, antes de sustentarse en la verificación objetiva de la falsedad o adulteración y deducir de allí una consecuencia automática, incorpora una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar la dicha falsificación o adulteración y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su culpa a la existencia de falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes, es determinante para poder evaluar la eventual responsabilidad. En esta teoría entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a la responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos. En todo caso el principio general, aun dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado. Por consiguiente, si el hecho se prueba en un proceso, corresponde al banco probar que hubo culpa de su cuentacorrentista o de su representante, sus factores o dependientes, es decir, aquellas personas que actuando en nombre suyo han podido obligarlo. Visto de otra manera: ante la reclamación del cliente le basta al banco presentar el cheque con base en cuyo pago procedió a cargar la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá probar la existencia de una falsificación o adulteración. Si se establece y para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa del titular o de las personas que puedan actuar en su nombre.

Algunas legislaciones establecen los casos en que el banco debe responder por las consecuencias del pago de un cheque y los supuestos en los cuales corresponde al librador la responsabilidad por la falsificación del instrumento, es decir, en forma expresa se refieren a las distintas hipótesis para precisar los supuestos que generan una culpa a cargo del titular. La mayoría de las legislaciones, sin embargo, dejan este problema a la libre apreciación del juez. El INTAL en su artículo 123 establece: "La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador dio lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes". Disposición de la cual puede concluirse, "*a contrario sensu*", que, de no existir esta culpa a cargo del titular de la cuenta, la responsabilidad corresponde al banco librado.

¿Cuáles podrían ser las conductas culposas del titular de la cuenta corriente invocables por el banco? Algunas se infieren por la ley o los reglamentos de lo que podríamos considerar el incumplimiento de la obligación de custodia sobre la libreta de cheques que

mencionaremos más adelante. En este caso puede preverse que si se falsifica un cheque de los entregados al librador y la falsificación no fuese visible de manera manifiesta, el banco no debe responder por el mal pago, porque una vez la libreta en poder del cliente éste asume los riesgos de su custodia y utilización. La falsificación o suplantación de la firma hecha en uno de los cheques supone que éste ha salido de las manos del titular por un descuido de su parte o, por lo menos sobre ese supuesto, opera la disposición legal o contractual. Pero fuera de este caso, riguroso en verdad con el titular, aun cuando lógico, pueden imaginarse algunos otros ejemplos no siempre fáciles de probar en un proceso, pero que pueden concebirse como razonables. Si, por ejemplo, el banco puede probar que el titular de la cuenta solía dejar cheques firmados en blanco encima de su mesa de trabajo para llenarlos más tarde o los entregaba así a algún empleado de su oficina para que él los diligenciara en la medida en que se fuera requiriendo, no cabría duda sobre la asunción de un riesgo, por cuanto cualquier persona que los tuviera a su alcance estaría en condiciones de llenarlos, en el primer caso, o su empleado o un tercero, sin su conocimiento o contra su voluntad, hacer lo propio en cualquier momento. Si se prueba que el titular de la cuenta al llenar el cheque dejaba espacios que, contra las recomendaciones usuales de la banca a sus clientes y lo que dice la elemental prudencia, permitan intercalaciones que realizadas con habilidad por terceros aparecerían lógicas en el contexto del instrumento; si, por último, contra la recomendación expresa del banco en el sentido de no librar cheques al portador o a personas desconocidas pudiera probarse que el cliente, en circunstancias poco recomendables, lo hizo; en todos estos supuestos y otros similares, el banco estaría en condiciones de sustentar, con alguna probabilidad de éxito, la posición de no responsabilidad, basado en la culpa del cuenta correntista como resultado de la cual se facilitó cometer la falsificación o adulteración.

Para terminar, valga anotar que existen hipótesis en las cuales la posición del cliente es débil desde el comienzo pues se trata de hechos o circunstancias que pueden contribuir indirectamente a la comisión del delito, de los cuales el cliente está enterado y que no pone oportunamente en conocimiento del banco librado. Tal ocurre cuando el cliente ha perdido su libreta de cheques o le ha sido sustraída o robada, lo cual, bien porque la ley lo establezca, o porque la razón lo indique, debe comunicarlo de inmediato al banco de manera que éste pueda extremar las precauciones tendientes a evitar un mal pago. De no dar este aviso la culpa del cliente puede tornarse excluyente, es decir, tener que asumir la totalidad de la pérdida originada en la eventual falsificación o crear condiciones menos severas para juzgar al banco, pues sólo será responsable en caso de que la alteración o falsificación fueren notorias, esto es, salten a la vista de manera tan burda que, aun cuando no se haya avisado al banco, éste deba rechazar los cheques

por aplicación de los principios generales. Por el contrario, si se trata de una falsificación o adulteración que sólo puede detectarse mediante un experticio técnico por no ser evidente a simple vista, el cliente deberá soportar en su integridad las consecuencias de la falsificación.

f) Responsabilidad por no pago

Si la obligación fundamental del banco es pagar los cheques, su no pago implica el incumplimiento de la misma y la responsabilidad correspondiente. Es decir, la posición del Banco es particularmente difícil por cuanto tiene que pagar; si se abstiene de hacerlo sin justificación será responsable y si paga mal, también. El principio general es que el banco debe pagar los cheques que el titular libre a su cargo, salvo que exista una causal justificativa que lo exonere de hacerlo o que tenga obligación de no pagar los cheques, por excepción, como la veremos adelante.

La consecuencia normal de incumplir la obligación de pagar se traduce en la necesidad de indemnizar al titular de la cuenta los daños y perjuicios originados por su negativa. Recuérdese de nuevo que el banco, salvo el caso de los cheques certificados o los que se asimilen a éstos, no responde jamás frente al tomador por el no pago. Sin embargo, el tomador puede demandar al librador para obtener no sólo el pago del título valor sino los intereses, costas, etc., que se deriven del incumplimiento y el proceso judicial. Pues bien, el librador, quien va a tener que responder ante el tomador por el no pago, está facultado para demandar del banco librado la indemnización de los perjuicios que le ha causado con su negativa. Si bien esos perjuicios deben probarse y ser determinados en el proceso judicial, la tenencia legislativa consiste en cuantificarlos en forma anticipada de manera que, en todo caso, el banco deba responder por un porcentaje determinado en relación con el monto del cheque, si se dejó de pagar o de la parte proporcional, si no se hizo el ofrecimiento del pago parcial, en los sistemas que permiten esta figura.

La tendencia está consagrada en forma clara en el proyecto INTAL en su artículo 112 que establece: "Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque, o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en el artículo anterior, resarcirá al librador los daños y perjuicios que se le ocasionen. La indemnización no será menor del 20% del importe del cheque, o del saldo disponible. La drasticidad de la sanción reitera la especial seriedad con que los bancos deben atender al cumplimiento de sus obligaciones, pero puede resultar excesiva en muchos casos, en especial en aquellos de duda en que el banco tendrá que decidir sobre la justificación o no de la causal que puede invocar para dejar de pagar. Y lo inequitativo de la solución se evidencia si se

advierte que, si el banco no paga por una causal que entiende justificada, lo hace precisamente para proteger los intereses de su cliente y evitar un eventual mal pago. Sin embargo, si más tarde el juez, en los casos en que la ley no las ha señalado en forma taxativa, estima que la causal invocada no justifica la negativa, el banco se ve sometido a una sanción muy gravosa que, incluso, podría llevar a algún cuenta correntista de mala fe a sentirse atraído por la posibilidad de que el banco se encuentre frente a una situación ambigua que lo lleve a no pagar.

3.3.5. Pagar intereses

Cuando se trata de cuentas remuneradas, advirtiéndose que, normalmente, y cuando excepcionalmente se pacta, su rentabilidad es bajísima o aun negativa pues los bancos tratan de estimular las operaciones a plazo más que a la vista.

3.4. Obligaciones del cliente

a) Mantener fondos suficientes

Como base necesaria para poder dar órdenes de pago al banco. La provisión resulta de la previa consignación de los mismos o de la concesión de un crédito utilizable en cuenta, como ocurriría con la apertura de crédito o el sobregiro.

b) Custodiar la chequera

Esta obligación de hacer tiene sentido porque solo quien custodia adecuadamente la chequera puede percatarse en forma inmediata de su pérdida o de la de alguno de sus formularios y, en este caso, advertir o prevenir al banco para evitar una posible defraudación. Incumplirla suele traducirse en disposiciones mas severas para el titular.

c) Utilizar los formularios o esqueletos exigidos por la ley

Cuando son formalmente necesarios, como en el caso de los cheques. Tal ocurre en los países en los cuales es necesario librar estas órdenes de pago en formularios elaborados o autorizados por el banco³³. O cuando se trata de realizar consignaciones, evento en el cual el banco suministra los esqueletos o preformas que deben ser diligenciados por la clientela.

33. Colombia. Sanciona la orden de pago que no se expida en cheques, privándola de los efectos y privilegios de los títulos valores. (Artículo 712 Código de Comercio)

d) Devolver los cheques al término del contrato

Algunas legislaciones lo consagran como mecanismo para evitar el riesgo, para el mismo cuentacorrentista, de conservarlos inútilmente en su poder.

3.5. Facultades del banco

a) Compensar

Es medio extintivo de las obligaciones que se presenta cuando se dan obligaciones recíprocas, homogéneas y exigibles. Habilita al banco para abonar o cargar en cuenta de su cliente las sumas de las cuales sea deudor o acreedor con plenos efectos de acuerdo con la ley. En esta forma permite manejar la cuenta como receptáculo de todas las relaciones sostenidas con la clientela, de manera que al final el saldo obtenido es único y se refiere a todas ellas.

b) Exigir de inmediato los sobregiros

Pues se trata de un crédito de suyo transitorio y de ordinario costoso. El que el cliente pueda solicitar al banco un sobregiro – porque expresamente se lo solicite o porque implícitamente lo haga cuando libra un cheque sin fondos – no lo releva de su obligación fundamental de tener fondos suficientes. Por ello las legislaciones suelen consagrar que se trata de decisión discrecional del banco con lo cual solo expresan que la concesión de crédito supone un necesario acuerdo de voluntades. El cliente propone, esto es, hace una oferta de negocio jurídico. El banco decide si la acepta o no.

3.6. Facultades del cliente

a) Disponer de sus fondos

Natural facultad del titular de la cuenta que refleja la posición del depositante respecto a los bienes depositados. Lo hace mediante el giro de cheques o en otra forma convenida con el banco. Hoy por hoy la utilización de tarjetas de acceso, en particular la de débito, constituyen mecanismo crecientemente utilizado para tal efecto.

Adicionalmente se utiliza la orden de cargar contra la cuenta las sumas debidas regularmente a terceros, como ocurriría con los pagos periódicos de servicios públicos, arrendamiento, universidades, etc.

b) Crear y demandar cheques especiales

Entre ellos cheques no negociables, cruzados, para abono en

cuenta, certificados, con provisión garantizada, de caja o de gerencia y de viajero para citar los más importantes.

Los cheques de gerencia pueden ser solicitados también por terceros, pero los bancos suelen reservar su expedición a su propia clientela, entre otras razones, por la necesidad de conocer sus clientes y las operaciones que realizan, lo que no es fácil de lograr cuando se trata de un petionario desconocido.

c) Revocar su orden de pago

Se distingue entre la simple revocación, esto es, la manifestación por medio de la cual el librador deja sin efecto su orden de pago y la oposición u orden justificada de no pago, mediante la cual el librador manifiesta su voluntad de restarle eficacia a la orden por una causal plenamente justificada, en su sentir o conforme a la ley.

Esta distinción doctrinal llevaría a sostener que, aun en los sistemas en los cuales no se permite la revocación sino una vez transcurrido el plazo de presentación, sería posible oponerse al pago del cheque, en una hipótesis como la de su sustracción o apropiación indebida en que puede presentarse la comisión de un delito y se pide al banco su concurso para evitar que la mala fe del usurpador cause un perjuicio indebido al beneficiario o al librador. Claro está que siempre existe el problema del tenedor legítimo, que habiendo adquirido el título de buena fe se presenta al banco a cobrarlo. Como, sin embargo, carece de acción contra el librado éste no adquiere ninguna responsabilidad por cuanto el único que podría deducírsela, su cliente, es quien precisamente lo ha instruido para que se abstenga de pagar. Sin que, por otra parte, se lesionen los intereses del tenedor, ya que mantiene a salvo sus acciones contra el librador del instrumento. En este orden de ideas, la solución de no pagar es la más equitativa y razonable.

La diferencia se consagra en algunas leyes comerciales y puede traducirse en disposiciones de carácter penal.³⁴ Tal el caso cuando se permite la libre revocación de la orden de pago, pero se sanciona penalmente el hecho de que resulte injustificada. De acuerdo con las normas sobre el contrato, el cliente puede dirigirse al banco antes del pago del título para anular la orden de pago impartida; sin embargo, si su conducta es caprichosa, si existe, por así decirlo, un abuso del derecho, porque carece de justificación, podrá verse incurso en sanciones penales que resultarán de la apreciación amplia que haga el juez de la

34. "El que emita o transfiera cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. (Artículo 248 Código Penal).

causa sobre su decisión.

4. Cuentas colectivas 35

Es posible que la cuenta corriente bancaria sea abierta no a nombre de una persona sino de dos o más. Esto nos permite estudiar tres hipótesis, las dos primeras de pluralidad de titulares, y la última, tan sólo, de pluralidad de personas facultadas para disponer de los saldos.

4.1. Pluralidad solidaria

Se trata de la hipótesis en la cual dos o más personas abren la cuenta y figuran como titulares de manera que cualquiera de ellas pueda disponer hasta de la totalidad del saldo disponible. En este caso los acreedores son solidarios desde el punto de vista activo, es decir, la obligación del banco se satisface pagándole a cualquiera de ellos.

Esta modalidad no deja de plantear problemas interesantes. Por ejemplo, ¿qué sucede cuando un tercero, en virtud de ser acreedor de uno de los titulares de la cuenta, inicia una acción judicial y se ordena el embargo de los saldos que ese cotitular deudor tenga en su cuenta corriente bancaria? ¿Se debe rechazar la orden de embargo por tratarse de una cuenta abierta a nombre de ese deudor y otra u otras personas? ¿Debe congelarse el saldo disponible en su totalidad? ¿Debe hacerse una congelación de la mitad, como si se tratara de una obligación divisible? La respuesta dependerá de los distintos regímenes procedimentales, en cuanto en ellos se contemple una solución específica.

Nos inclinamos a pensar que si existe solidaridad activa, debe traducirse en que la orden de embargo se atienda en su totalidad por cuanto, en últimas, la posible inequidad que pudiese cometerse con el otro o los otros titulares no sería mayor que la que el mismo afectado podría producir por su propia iniciativa cuando, abusando de su posición de coacreedor solidario, dispusiese del saldo que en verdad pertenecía a todos los titulares. Es decir, que en el caso de acreedores solidarios el riesgo que corren los demás frente a la mala fe de uno de ellos o a las vicisitudes judiciales, como sería el caso del embargo, está vinculado a la propia forma jurídica de esta modalidad de las obligaciones. Igual sucedería en caso de compensación legal o convencional cuando naciera

35. Para este apartado consultar además: Legislación:

- Circular Básica Jurídica;
- Código de Comercio: Artículo 1384.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 324-326.

una obligación a favor del banco, pero sólo a cargo de uno de los titulares acreedores solidarios.

4.2. Pluralidad conjunta o colectiva

Se refiere a la posibilidad de que una cuenta corriente sea abierta por dos o más personas, pero de manera que los fondos no puedan ser retirados sino por órdenes o cheques firmados por la totalidad de los titulares. En este caso es claro que no existe solidaridad activa y que la obligación del banco, al deber una suma de dinero a varios acreedores no solidarios, podría ser satisfecha por partes iguales en caso de conflicto. Frente a las dos vicisitudes mencionadas en el punto anterior, embargo de un tercero o compensación, si se aplica el principio de la divisibilidad, el embargo y la compensación tendrían que limitarse a la cuota parte ideal que pudiera asignarse a cada cotitular, aun cuando existen legislaciones en las cuales se establece, en el caso de la compensación, que ésta no correrá en tratándose de obligaciones que no sean a cargo de la totalidad de los titulares de la cuenta corriente. Prohibición que podría extenderse al caso de las cuentas en donde hemos hablado de solidaridad activa.

4.3. Librador facultativo

Así calificamos una hipótesis, ya no propiamente de pluralidad de titulares, sino de un único titular que ha facultado a otra u otras personas para disponer de los saldos existentes en la cuenta. Las diferencias con el caso de los acreedores solidarios son evidentes pues éstos disponen de los fondos como titulares del crédito, mientras el tercero actúa en nombre y representación del titular de la cuenta, como mandatario del mismo. Por lo tanto, su encargo puede serle revocado en cualquier momento por el titular quien puede designar en su reemplazo a una u otras personas. Se trata, entonces, de una simple pluralidad de personas autorizadas para girar contra la cuenta, pero solo existe un titular jurídico de la misma. En las hipótesis de embargo y compensación debe concluirse que ninguna de las dos cabría cuando se trate de órdenes judiciales dirigidas contra los bienes del tercero, signatario de los cheques por autorización del titular, o de deudas a favor del banco y a cargo suyo. Como no podría excusarse el banco de atender la orden judicial de embargo, cuando se dirija contra el titular de la cuenta por la sola circunstancia de que, por ejemplo, no sea él la persona registrada para disponer de los fondos, porque la simple suscripción de los cheques no exterioriza la titularidad patrimonial del derecho de crédito derivado del contrato o mejor, del depósito realizado.

5. Transferencias de fondos ³⁶

Si hemos estudiado, en términos generales, el contrato de mandato mercantil y presentado en una forma esquemática e integrada las disposiciones peculiares para este contrato y para la comisión como manifestación específica, es porque el mismo sirve de sustento en muchos casos a la prestación o realización de determinadas operaciones bancarias. Los principios expuestos serán entonces aplicables, desde el punto de vista jurídico, a todas aquellas hipótesis de prestación de servicios en las cuales el antecedente conceptual esté constituido por la celebración de un contrato de mandato. Veamos, en seguida, algunas manifestaciones de dicho contrato, que se presentan principalmente en la intermediación en pagos y cobros.

Dada la dinámica con que se desarrollan los negocios en el mundo moderno, los particulares, comerciantes o no, se ven impelidos a realizar numerosos pagos para atender la asunción de obligaciones, especialmente contraídas a plazo, o derivadas de la obtención de servicios corrientes e indispensables para vivir en sociedad. En consecuencia, todos los encargos que el banco reciba enderezados a pagar a un tercero una determinada suma de dinero corresponden a este primer grupo y en relación con ellos mencionaremos, para ilustrarlo, algunos ejemplos de relativa frecuencia.

5.1. Servicio de caja

Entre los servicios que el banco puede prestar a su clientela ocupa un lugar importante el llamado servicio de caja o posibilidad para el cliente de utilizar al establecimiento de crédito para atender pagos relacionados con sus actividades, como los de su nómina de empleados, de sus acreedores corrientes, etc., para lo cual podría hablarse de que el interesado “domicilia” la deuda en el banco e informa a los beneficiarios que a él deben dirigirse para obtener los pagos correspondientes. Lo ordinario será que el banco exija a su cliente listados y órdenes específicas contra las cuales puedan justificarse los pagos realizados, asumiendo la responsabilidad propia en el caso de incumplimiento o exceso en el ejercicio de sus facultades.

Desde luego que la posibilidad para el cliente de realizar los pagos a terceros no sólo surge de su iniciativa, como lo acabamos de mencionar, sino puede corresponder a la iniciativa de sus acreedores,

³⁶ Para este apartado consultar además: Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios*. Pág. 197-285, 392-395 y 759-761.
· Concepto No. 200001453-1 de mayo 10 de 2000. Superintendencia Bancaria de Colombia. (Físico)

los cuales han convenido con los bancos la posibilidad de que sus deudores, clientes del banco, puedan pagar en sus cajas. Tal es el caso del pago de servicios públicos, en donde la posibilidad de llevarlos a cabo en un banco no deriva de que el cliente haya notificado a la empresa de servicios públicos que le cancelará sus deudas por su conducto, sino que, a la inversa, son las empresas prestatarias del servicio las que establecen la facultad de utilizar las cajas de los establecimientos de crédito para cancelar las facturas periódicas cursadas con ocasión de los servicios. Igual ocurre cuando establecimientos con grandes volúmenes de ventas a plazo establecen la posibilidad o exigen a sus deudores hacer los pagos en un banco. En ambos casos, sin embargo, ya que el pago surja de la iniciativa del deudor, previa notificación a sus acreedores o resulte de la decisión del acreedor facultando a los deudores, nos encontramos frente a una intermediación por parte del banco en los pagos hechos por su cliente a terceros o por estos a su cliente.

5.2. Giros o transferencias

En este caso la expresión utilizada de giros tiene la acepción particular de transferencias de dinero de un lugar a otro, mediante la expedición de las órdenes de pago correspondientes por el mismo banco y no se trata, entonces, de órdenes de pago libradas por los clientes a cargo del banco que se traduzcan en una aceptación por su parte, sino, más bien, de una provisión de fondos destinada a que los mismos se coloquen en un lugar distinto y a favor del mismo constituyente o de un tercero. En otras palabras, que mientras en el giro, con la acepción que corresponde a la mecánica de los títulos valores, su obligación nace de aceptarlo, en este caso la obligación de llevar a cabo el encargo no es cambiaria y surge tan solo de la existencia de una provisión destinada a ser transferida en los términos del acuerdo.

Técnicamente puede hacerse una diferencia entre giros y transferencias, para circunscribir esta última expresión al traslado que resulta de una operación contable interna registrada por el banco que recibe la solicitud con una de sus oficinas o con la de un banco corresponsal, en virtud de la cual aquella o éste se comprometen con su ordenante, casa matriz o corresponsal, a hacer un pago a una determinada persona. Esto es, que en la transferencia con esta acepción restringida, el banco que recibe la solicitud y tiene la provisión se limita a transmitirla por los canales específicos de comunicación con las demás oficinas bancarias y mediante la elaboración de las notas o registros contables usuales en este tipo de operaciones, sin que al peticionario ni al tercero se les entregue un título que documente, por lo menos en forma autónoma el derecho a recibir esa suma. Lo que significa en la práctica que, si bien quien solicita el servicio conserva una constancia

cuya copia autoriza al banco para cargar en cuenta, si es su cliente, o se le expide un recibo como prueba de haber entregado los recursos, cuando se trata de un tercero no vinculado al banco, no es indispensable presentar la constancia ni el recibo para que el beneficiario, por lo general situado en plaza distinta, pueda demandar el pago. A éste le bastará identificarse, dando algunos datos sobre el monto de la suma que espera, el ordenante, etc., para que el banco proceda a realizar el pago.

En cambio, la expresión de giro suele circunscribirse a la hipótesis en la cual, existiendo también una solicitud de pagar al mismo ordenante o a un tercero, en esa u otra plaza, se expide un documento que va a servir de prueba para acreditar la condición de beneficiario de la suma respectiva. Cuando se quiere instrumentar en un título valor, con las ventajas y prerrogativas que ello implica y con los riesgos que naturalmente supone, el banco utiliza con frecuencia el sistema de expedir un cheque de gerencia o de caja, o sea, un cheque a su propio cargo, cuando el pago debe realizarse por una de sus oficinas o la emisión de un cheque a cargo de un banco corresponsal con el cual tiene cuenta, cuando en la plaza destinataria no tiene oficina propia. Este cheque puede ser a la orden del solicitante, como sucedería cuando piensa viajar a otro lugar y prefiere llevarlo en vez de numerario, o a favor de un tercero, en cuyo caso el dador de la orden recibe el cheque y lo envía a su beneficiario, para que éste proceda a cobrarlo en la plaza librada.

6. Tarjetas bancarias

Su estudio se vincula con la cuenta corriente bancaria porque los bancos limitan, de ordinario, su expedición a su propia clientela. Las de débito permiten cargar el saldo de la cuenta, simultáneamente con su utilización. Constituyen, como acabamos de decirlo, uno de los medios contemporáneos mas utilizados para que el depositante disponga de sus fondos.

Las tarjetas de crédito se ligan, en cambio, con las operaciones activas y permiten al banco obtener un préstamo, dentro del monto asignado a la línea de crédito contratada. Dada su cercana relación, entonces, con el contrato de apertura de crédito, estudiaremos el tema en el módulo III.

CASO PRACTICO DEL MODULO II**Cuenta Corriente**

El grupo Global, formado por varias compañías tiene relaciones de tiempo atrás con el Banco Santa Cruz, que ha establecido que todas las relaciones para obtener crédito se canalizarán a través de la tesorería general del grupo, esto es, que ninguna de las compañías individualmente consideradas está autorizada para tomar créditos.

Molinos el Viento, parte de dicho grupo, se entera el día tres del mes de Marzo que no tiene fondos suficientes en el banco para pagar cheques librados la víspera, esto es, que se encuentra en sobregiro y al investigar se percata de que en la semana anterior fueron pagados dos cheques que estima falsificados, circunstancia por la cual se produjo el sobregiro.

Hechos los estudios se encuentra que los cheques corresponden a la chequera original entregada a Molinos el Viento, que ellos corresponden a los registrados en el Banco, pero que las firman han sido falsificadas.

- a) Usted es el abogado de Molinos del Viento. Redacte en no más de una hoja (dos páginas) su carta de reclamación.
- b) Usted es el abogado del Banco. Redacte en no más de una hoja (dos páginas) su respuesta.
- c) Indique cuál sería su posición como juez frente al debate.

MODULO III

PORTAFOLIO DE CREDITO

1. Normas internacionales de Basilea ³⁷

1.1. Acuerdo sobre capitales

Dentro del proceso de “globalización” y en punto a las actividades de los supervisores y entidades de control, es preciso destacar la labor llevada a cabo por el “Comité de Basilea”, que debe su nombre a la ciudad sede de su Secretaría General. Fundado en 1975 por el denominado “Grupo de los Diez”, trabaja en la actualidad en contacto, prácticamente, con todos los supervisores bancarios del mundo y sus recomendaciones constituyen no solo fuente obligada de consulta para el estudio del tema sino que se han traducido en la adopción de legislaciones internas que las recogen. Por esta vía la tendencia a la internacionalización reconocida desde siempre en el Derecho Bancario, se refleja de una manera concreta en materias de enorme importancia para la regulación. ³⁸

La labor del Comité en estos veinticinco años ha sido prolija y se ha centrado fundamentalmente en dos campos: por una parte investigando la forma de hacer mas eficiente la supervisión y el control sobre bancos internacionales que operan, naturalmente, en muchos países y por otra formulando toda una serie de recomendaciones en materia de “regulación prudencial”, que tanto dicen con el capital adecuado, la calificación de activos, los cupos de crédito y la dispersión del riesgo, como sobre operaciones con grupos, participación en distintos países, responsabilidad de los directores, mecanismos de control interno y delegación y, desde luego, conocimiento de los clientes y aplicación de principios éticos en el manejo de los negocios.

No hay duda alguna sobre los avances que se han conseguido en la uniformidad regulatoria y en la reflexión colectiva sobre la necesidad de conservar y recuperar esquemas ortodoxos de manejo bancario. Sin embargo y sin desconocerla, hay que anotar que su labor

37. Para este apartado consultar además:

Legislación:

• Segundo Acuerdo de Capital de Basilea.

Doctrina:

• RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Basilea II: La Banca Latinoamericana y la FSA. Conferencia dictada en el XXIII Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario. San Salvador. Mayo de 2004.

38. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. “El Comité de Basilea y la banca en los países en desarrollo”. Boletín Jurídico Financiero. No. 926. Asobancaria. Bogotá. 1.997

no está exenta de críticas. En nuestro sentir su enfoque ha reforzado más allá de todo límite una tendencia hacia el exceso de regulación, el establecimiento de cortapisas y la imposición de cargas muy grandes de información, con enormes costos para la operación y con un efecto perverso en virtud del cual hemos dicho que estamos transformando banqueros empresarios en administradores de regulaciones. Pero con un agravante, pensar que se hacen sistemas más seguros con el simple expediente de recargarlos de normas. Nada más lejano de la realidad y nada más dolorosamente desvirtuado por la realidad de las crisis financieras del sudeste asiático de finales del siglo pasado ³⁹.

En suma, es claro que es necesario contar con buenas normas y eficaces sistemas de supervisión, pero ello puede resultar totalmente insuficiente cuando fallan los hombres o se aplican fórmulas recalentadas de curación sin tener en cuenta nuevas realidades que no las soportan y para las cuales pueden resultar contraproducentes.

Adicionalmente no parece adecuada la forma como se ha recomendado la ponderación de los riesgos, donde con un claro sesgo de Banqueros centrales se ha privilegiado la inversión en papeles del Estado o de sus entidades, al asignárseles un riesgo cero frente a las operaciones de crédito, con lo cual se envía un mensaje inconveniente y subliminal al banquero para quien resultaría más seguro y confortable dejar de intermediar. Pero ello naturalmente iría en contravía de la dinámica función que los bancos están llamados a jugar en una economía. Otro aspecto censurable dice con la forma como se maximiza la importancia del capital, con lo cual se coloca en graves aprietos a los bancos de tamaño intermedio, que lo son aun los más grandes de la región. Y desde luego se pierde capacidad de regulación local incurriendo en el error de aplicar normas que fueron diseñadas para bancos internacionales a bancos locales o regionales, sin distinguir sus características ni reconocer el entorno y la cultura financiera dentro de la cual han surgido. Pero quizás lo más delicado sea permitir una tal ingerencia de los supervisores en la actividad que, de alguna manera, terminen coadministrando el negocio.⁴⁰

39. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "Algunas reflexiones sobre las crisis financieras" Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. No. 24. Bogotá. 2.000. Entre las causas internas comunes en muchos de los ejemplos estudiados, señalábamos a) desórdenes en las finanzas públicas y déficits fiscales; b) variaciones excesivas en las tasas de interés; c) caída en el producto interno bruto o desaceleración del mismo; d) manejo de la tasa de cambio; e) elevación de la tasa de desempleo; f) sistemas financieros débiles o mal regulados; g) sistemas mal supervisados; h) conducta de los administradores e i) imprudencia y entre las causas externas a) el efecto dominó; b) la ineficiencia de los organismos multilaterales; c) el flujo inestable de los capitales internacionales; d) el incremento súbito del endeudamiento y e) la dificultad de control y supervisión de conglomerados financieros.

40. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "Reflexiones críticas sobre algunos principios fundamentales de Basilea" Boletín Jurídico Financiero. Asobancaria. No. 1.002. Bogotá. 1.999. A propósito el

1.2. Basilea II

Recientemente se aprobó el texto de lo que se conoce en el mercado como Basilea II que resulta de un proceso de discusión y consultas donde ha primado, como era de esperar, la posición de los supervisores y de los bancos de los países de mayor tamaño. En general podría decirse – y ello es positivo – que la filosofía que lo inspira busca una mayor eficiencia en la gestión de riesgos, que se registran algunos modestos avances conceptuales y que subsisten críticas vinculadas con los efectos negativos que su implementación tendría para los bancos de la región.

a) Pilares del acuerdo

El acuerdo se funda en tres pilares: (i) Requerimientos mínimos de capital, (ii) Examen por el supervisor de la suficiencia de dicho capital y (iii) Disciplina de mercado y divulgación pública.

(i) Requerimiento mínimo de capital

El sistema inicial se montó sobre la base de una fórmula en cuyo numerador se encontraba el capital del banco y en cuyo denominador el monto de los activos ponderados por riesgo, cuyo resultado no podía ser inferior al 8 %. Ella se mantiene pero con cambios en el denominador pues para ponderar los activos se han incluido, a más del riesgo crediticio y de mercado, el de contraparte, en forma más explícita y el operacional que es totalmente nuevo.

Al consagrar los métodos de medición se ha introducido la posibilidad de que los bancos se separen del denominado estándar, para utilizar sus propios métodos internos que buscarán, sin duda, definir requerimientos particulares en función de su propia capacidad de manejar el riesgo.

señor Quinn BRYAN, del Bank of England, decía en 1.991, haciendo una especie de balance sobre Basilea, : "Encuentro estas proposiciones totalmente inconvenientes en dos puntos. Primero, me parece bastante equivocado que requerimientos prudenciales deban ser, de alguna forma, empleados para manipular el ciclo económico. Pero aun si uno acepta que el propósito de este manejo delicado no fuese el de hacer un manejo macroeconómico sino el de armonizar relaciones de capital con las variaciones y las calidades de los activos, pienso que este argumento es errado. Los bancos se mantienen negociando en particular en la toma de riesgos y en la valoración de riesgos. Así pues, aun si los supervisores fuesen capaces de realizar este manejo delicado – y no encuentro razón alguna para pensar que podrían hacerlo -, no es su negocio ni su responsabilidad el hacerlo en un sistema económico manejado por el mercado.- Corresponde a los bancos por si mismos el hacer una valoración del riesgo y a los supervisores el establecer un marco predecible en el que los bancos puedan recibir o rechazar las demandas de los clientes. De otra forma – concluye – ¡podríamos dejar así mismo a un lado la excusa y la parafernalia de las relaciones y simplemente decirles a los bancos cuánto y a quien deben prestar! "

(ii) Examen por el Supervisor

La intervención protagónica de este actor en escena, supondrá altos niveles de preparación profesional y de recursos técnicos y humanos, de manera que pueda estar en condiciones de evaluar la suficiencia de capital pero, sobre todo y esto es lo más importante, de validar los modelos de medición propia que se aceptan para algunos de los riesgos y que implicarán formulas y procedimientos sofisticados para su establecimiento.

La exigencia de esa capacidad excepcional va a demandar esfuerzos presupuestales de importancia, cuando la vigilancia se atiende con recursos de esa naturaleza o va a incrementar los aportes de las entidades vigiladas, cuando ellos soportan el funcionamiento del supervisor, como ocurre en Colombia.

(iii) Disciplina de mercado

Supone una divulgación permanente y adecuada de las variables principales sobre el comportamiento del banco que, de alguna manera, serán de especial interés para el supervisor de la matriz u otorgante de la primera licencia, quien los consolidará.

El mantenimiento permanente del volumen de información que la norma sugiere, demandará el diseño de sistemas sumamente robustos y de medios de comunicación eficaces que, más allá de la utilización de medios tradicionales como la prensa hablada o escrita o los programas especiales de televisión, fortalecerá la utilización de las redes privadas construidas entre los bancos y sus clientes más importantes y, sin duda alguna, el empleo del Internet, como red abierta de la más amplia capacidad y eficacia.

b) Avances

Se registran algunos modestos progresos conceptuales, frente a las críticas que habíamos hecho desde un comienzo a Basilea, como aceptar la diversidad con simplísimas referencias y aparentando salvarlas, haciendo la adopción de las recomendaciones plenamente voluntaria. Además, oyendo supuestamente la opinión de los banqueros, a través de sus asociaciones, sin mucho eco para las recomendaciones de Latinoamérica. Reiterando la necesidad de mantener una revisión consolidada y admitiendo que los activos de mala calidad pueden consumir más capital, esto es, 150 % de su valor, con lo cual evidentemente se desestimula su mantenimiento en el balance.

Este último avance es relativo, pues parte de la necesidad de que las empresas sean calificadas por sociedades calificadoras de riesgo,

escasas y costosas en la región, donde no existe una cultura de utilizarlas, más allá de hacerlo para la calificación de emisiones de papeles en el mercado de capitales. Pero con el agravante de que, si una empresa sospecha que será mal calificada, entonces omitirá hacerlo y se subsumirá en la regla general de que el crédito que le otorguen compute por el ciento por ciento de su valor.

c) Críticas

Podríamos señalar algunas así:

- (i) Castigará a los bancos que no sean capaces de desarrollar sus propios modelos de medición de riesgos. Como lo lograrán los de mayor avance y sofisticación ello constituirá un factor desventajoso para nuestros bancos, de suyo de pequeño tamaño.
- (ii) Desestimulará el crédito a mediano y largo plazo para los países de América latina pues los bancos prestamistas deberán “consumir” mayor capital, tanto por esa circunstancia como por la calificación normalmente baja de los países de la región.

Obligará a hacer aumentos de capital a bancos que no tienen accionistas suficientemente fuertes para aportarlo, con enorme riesgo, en todo caso, de que los recursos que se pongan no provengan del mercado de capitales, lo que indicaría, al menos, una muestra de confianza en la entidad, sino de sus propios accionistas que podrán acudir, en lo posible y en primer término, a ajustes contables como valoraciones de activos, o a ventas de cartera o titularizaciones para mejorar su estructura.

- (ii) La insistencia obsesiva en resolver todos los problemas y obtener todas las coberturas a través de bancos grandes, concentrará como nunca el mercado de los intermediarios financieros, afectará la competencia pero, sobre todo y en nuestro sentir, podrá crear peligrosos espejismos. En efecto, es cierto que un mayor capital ayuda mucho a respaldar y sostener importantes operaciones internacionales y cubre riesgos de pérdida compatibles con su tamaño pero la experiencia ha mostrado cuantas veces los amplios márgenes de operación implícitos, pueden conducir a ocultar enormes ineficiencias.

2. El mutuo y el crédito de firma 41 42

2.1. Mutuo.

El mutuo es un contrato de crédito y como tal implica una transferencia de la propiedad con cargo para el beneficiario de devolver posteriormente bienes de la misma especie y calidad. En la teoría clásica francesa, que lo conoce con el nombre de préstamo de consumo para diferenciarlo del comodato, se trata de un contrato en el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con la obligación para esta última de restituir igual cantidad identificada por su género y calidad. Su objeto está constituido por bienes muebles que, consumibles o no por su uso, pueden en todo caso aprovecharse en forma íntegra por quien los recibe (mutuario), pues se trata de cosas fungibles, sustituibles unas por otras. En tratándose del contrato bancario, su objeto casi invariable es el dinero, pues, si también cabe celebrar el contrato en relación con títulos de crédito, en la práctica esta posibilidad es remota y secundaria frente a aquellas cuyo objeto es una suma de dinero.

a) Obligaciones del mutuario

En primer lugar pagar los intereses, es decir, la remuneración que se deriva del tiempo de la transferencia en los negocios de crédito. En no pocas legislaciones y en el derecho comparado resulta pacíficamente aceptado que la fijación de la tasa es facultad del Estado, por lo que frecuentemente se trata de una materia regulada por el legislador.

Las limitaciones a la tasa pueden resultar de que su señalamiento máximo corresponda a la autoridad monetaria, de ordinario, el banco central. Así mismo, de la utilización por los bancos comerciales de recursos de fomento que les permitan redescantar, en todo o en parte, las operaciones crediticias que realicen, caso en el cual el banco redescantante, al dictar los reglamentos para la utilización de los fondos,

41. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Artículos 1163-1169.

· Código Civil: Artículos 2221- 2235.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 477-520.

42. La extensión de este y los contratos que siguen, hace absolutamente necesario consultar el libro "Contratos Bancarios", del autor de este documento, que hace parte del material de consulta escogido, desde un principio, para el programa, como complemento a las transcripciones que se hacen a continuación, tomadas del libro, y que solo pretenden contar con la noción de cada uno de ellos y una breve referencia a su contenido. En el caso del Mutuo, ver Capítulo X, ps. 477 y ss.

señalará la tasa máxima de los que considerará redescontables. Tal sería el caso de países en los cuales se establezcan fondos especiales para el estímulo de créditos a ciertos sectores agropecuarios, o a las exportaciones o a la promoción de vivienda, para citar algunos ejemplos.

Otra clásica limitación dice con la prohibición de cobrar intereses sobre intereses o de capitalizarlos, operación conocida como *anatocismo*.⁴³

El mutuuario está obligado a devolver la suma recibida en la forma y plazo previsto en el contrato, de conformidad con el viejo aforismo según el cual el acreedor tiene derecho a que la obligación a su favor se satisfaga en la forma y términos originalmente pactados. Cuando la deuda se ha pactado por instalamentos, resulta útil para el acreedor pactar una cláusula aceleratoria en virtud de la cual pueda exigir el pago de la totalidad de la deuda, en caso de que el deudor incumpla el pago de una o más cuotas por capital o intereses.

Aunque la tendencia contemporánea recomienda otorgar el crédito por la capacidad de pago del deudor o la del proyecto que pretende desarrollarse, esto es, teniendo en cuenta su capacidad de generar los flujos de fondos requeridos para atender el servicio de la deuda, el tema de las garantías ha sido clásico en el contrato de mutuo. Entre las garantías reales más utilizadas se encuentran la prenda y la hipoteca; entre las personales la fianza y el aval y entre las mas modernas las llamadas cartas de crédito *Stand by*, que hacen parte de las que hoy se conocen como prendas a primer requerimiento y la fiducia de garantía, de importante desarrollo en América Latina.

2.2. Crédito de firma⁴⁴

El crédito de firma cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no implican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a éstos obtenerlo de manos de terceros. A lo que se agrega que el desenvolvimiento natural de la operación conduce a que el banco efectúe ulteriormente y como consecuencia del crédito de firma concedido, un desembolso a favor de tercero que lo convierte en acreedor de su cliente. Podemos distinguir dos etapas en el proceso lógico de los llamados créditos de

43. Colombia. "Se prohíbe estipular intereses de intereses" (Artículo 2235 del Código Civil).

44. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Artículos 1400-1407.

· Circular Básica Jurídica: Título II, capítulo primero, numeral 6.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág 513 y ss.

firma: una en la cual el banco se obliga de diversas maneras a responder por su cliente o por las obligaciones contraídas por éste, vinculación del banco que le permite al interesado obtener crédito; y una segunda en donde el eventual incumplimiento por parte de su cliente y la carencia de provisión llevan al banco a hacer un desembolso efectivo de dinero.

El desembolso por parte del banco dependerá, entonces, de que su obligación contingente se convierta en una real exigibilidad a su cargo, como sucede en el caso de los avales o las garantías o que teniendo una obligación cierta a su cargo desde un comienzo, como en el caso de las aceptaciones, no exista provisión constituida por el cliente en el momento en que se hagan exigibles. Por consiguiente, y a contrario sensu, en el caso de los avales, si el cliente paga la obligación principal, la asumida por el banco a través del crédito de firma nunca habrá dejado de ser contingente, ni habrá afectado su pasivo. En el caso de las aceptaciones, si bien habrá un pasivo con la contrapartida de un crédito eventual a cargo del cliente, no producirá desembolso en tanto exista provisión constituida por éste último.

En general, podemos decir que los bancos comerciales están habilitados para realizar operaciones de esta naturaleza, aunque las mismas disposiciones limitan con frecuencia su monto en relación con el capital y la reserva de las instituciones y el plazo máximo por el cual pueden obligarse. Existen también limitaciones, desde el punto de vista cambiario, respecto a obligaciones en moneda extranjera y su crecimiento puede estar limitado, como en las establecidas en moneda nacional, como medida de control monetario.

Otro aspecto fundamental que destaca en qué medida el crédito de firma tiene todas las connotaciones predicables de una forma de financiación es que, normalmente, las cifras, a pesar de su contingencia, afectan y se computan para determinar el cupo máximo individual de crédito del cliente, bien porque así lo establezcan las disposiciones vigentes ya como criterio de elemental prudencia del banquero.

Entre las modalidades de crédito de firma mencionaremos los avales y garantías, las aceptaciones y las llamadas cartas órdenes de crédito, sin que la enumeración agote las posibilidades.

3. El contrato de apertura de crédito ⁴⁵

3.1. Noción

45. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Artículos 1400-1407.

· Circular Básica Jurídica: Título II, capítulo primero, numeral 6.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág521-543.

Entendemos por contrato de apertura de crédito el acuerdo según el cual el banco (acreditante) se compromete con su cliente (acreditado) a concederle crédito de dinero o de firma, directamente a él o a un tercero que le indique, dentro de ciertos límites cuantitativos y mediante el pago por el acreditado de una remuneración.

De la definición formulada podemos concluir que el objeto propio del contrato, su razón de ser para ambas partes, pero en forma específica para el cliente, es contar con una disponibilidad, esto es, con la posibilidad de obtener crédito de dinero o de firma dentro de cierto tiempo, si el contrato se ha celebrado a plazo, o en forma indefinida, si ésta es la modalidad adoptada en el acuerdo. Característica que permite diferenciarlo del mutuo y que tiene una enorme importancia en la práctica, pues tiende a satisfacer necesidades eventuales y futuras, no actuales.

En el mundo de los negocios es usual que un cliente del banco sepa que, en un futuro más o menos cercano, necesitará contar con cierta suma de dinero. En este supuesto no le conviene celebrar un contrato de mutuo, pues tendría que pagar intereses desde ese momento y mantener ociosa la suma recibida en tanto no se presenten las circunstancias futuras esperadas. Pero, de otra parte, no puede correr el riesgo de limitarse a esperar y solicitar el crédito en el momento en que efectivamente lo requiera, por cuanto puede suceder que entonces el banco afronte dificultades de tesorería o esté sometido a restricciones de orden monetario, caso en el cual una operación comercial importante puede verse frustrada para el cliente por no contar con los recursos necesarios en el momento preciso.

Para satisfacer la expectativa, que no la necesidad actual, el contrato de apertura de crédito brinda una solución perfecta pues, sin tener que soportar los costos financieros que resultarían de un desembolso inmediato, el cliente tiene la certeza de contar con el dinero en el instante en que las circunstancias así lo indiquen. Es esta la razón por la cual la doctrina ha hecho énfasis en forma constante sobre la característica de la disponibilidad como distintiva del contrato y razón de ser del mismo. Algunos autores han criticado este concepto por considerar que una vez perfeccionado el contrato la disponibilidad no es más que la facultad que tiene el cliente de hacer cumplir la obligación contraída por el banco y que, en ese sentido, en nada se distingue ni nada agrega a las consecuencias propias de cualquier obligación personal válidamente contraída. Sin embargo, si la observación jurídica es razonable, ello no le resta méritos a la evolución doctrinal que ha visto en la disponibilidad el elemento distintivo y peculiar del contrato por su finalidad económica, pues refleja en forma fiel el fenómeno según el cual lo que buscan las partes y, en concreto, el cliente, no es la entrega inmediata de una suma

de dinero, que sería satisfecha mediante la celebración de un contrato de mutuo, sino contar con una seguridad futura de poder disponer, en un cierto momento y por decisión unilateral suya, de los recursos requeridos. Es con este contenido técnico-económico que la disponibilidad debe entenderse para una más adecuada comprensión del contrato y de sus finalidades.

El contrato se conoce también, desde el punto de vista operativo, como el establecimiento de una línea de crédito, es decir, de un máximo hasta el cual, y dentro de las condiciones contractuales, puede disponer el cliente de la institución. En el punto siguiente veremos los elementos de la línea de crédito, como arquetipo representativo de la apertura de crédito.

3.2. Las tarjetas de crédito ⁴⁶

a) Su importancia

Uno de los instrumentos que en forma más dinámica ha desarrollado la moderna sociedad de consumo es la denominada tarjeta de crédito. Su extraordinaria difusión en muchos países ha permitido a los consumidores adquirir en forma ágil un sin número de bienes y servicios, con ventajas, entre las cuales no son las menos importantes la supresión de los riesgos de la tenencia física del dinero y el manejo engorroso de las chequeras en la medida, por lo menos, en que por razones de seguridad, la aceptación del cheque no ha sido tan universal como lo es en la actualidad la tarjeta. Entre otras cosas, por cuanto la recepción del cheque implica asumir un riesgo de crédito respecto al librador, mientras la venta de bienes o servicios contra la firma de un comprobante supone el respaldo directo de la entidad emisora de la tarjeta. Las tarjetas de crédito han sido asumidas por el sistema bancario o por los bancos de numerosos países, los cuales las emiten y respaldan y del análisis de su estructura jurídica puede colegirse, sin dificultad, que las relaciones entre el banco y el cliente corresponden, en lo fundamental, a la celebración de un contrato de apertura de crédito.

b) Descripción del contrato

Por virtud de la celebración del contrato el banco se compromete con su cliente a concederle crédito en forma rotatoria y hasta por un determinado monto o por cuantía indeterminada, mediante el pago a los terceros que presenten sus facturas firmadas. Claro está que existen

46. Ver "Contratos Bancarios" ps. 212 y ss. y 540 y ss.

algunas notas peculiares del contrato, que en nada desnaturalizan su estructura como apertura de crédito, pero que conviene destacar desde ahora. En primer término, los terceros a quienes el banco se compromete a pagar son determinados por el cliente cuando éste utilice sus servicios, pero dentro de un universo previamente establecido por el banco. En segundo lugar, la apertura de crédito que se concede, esto es, la disponibilidad a favor del cliente, solo puede ser utilizada mediante la adquisición de bienes y servicios ofrecidos por ese universo de terceros y no por otros. Dada, sin embargo, la enorme extensión de la red de establecimientos afiliados, a los cuales es posible demandar bienes y servicios mediante la presentación de la tarjeta, puede decirse que, en la práctica, el cliente acreditado goza de una gran amplitud en la escogencia de sus co-contratantes.

Como es sabido la mecánica de utilización de las tarjetas de crédito bancarias, permite a sus tenedores dirigirse a cualquiera de los establecimientos afiliados al sistema, para adquirir en ellos bienes y servicios que serán cancelados al contado, mediante la firma de un comprobante de venta o utilización de servicios; comprobante que, a su turno, los establecimientos afiliados presentarán al banco emisor de la tarjeta para efecto de que éste les reembolse las sumas correspondientes. Las relaciones entre los establecimientos afiliados y el banco o bancos emisores de la tarjeta se rigen por normas contractuales cuyo estudio escapa por completo a la mención del tema dentro de este capítulo. Bástenos destacar que los establecimientos afiliados no conceden crédito en ningún momento a los tenedores de las tarjetas sino al banco emisor, si por tal se entiende la venta sin pago en efectivo contra un comprobante que tienen la certeza será reembolsado, de inmediato o a corto plazo, por el banco destinatario. Quien sí concede crédito a los tenedores, es éste último el cual paga la cuenta, cumpliendo así su obligación fundamental, otorgándole a su cliente diversos plazos para el reembolso, según posibilidades que estudiaremos más adelante.

c) Elementos del contrato

Para hacer un paralelo con la apertura de crédito en general, veamos cómo existe una coincidencia entre los elementos fundamentales que hacen parte de las estipulaciones contractuales.

d) Cuantía

El establecimiento de la línea o cupo de crédito supone el señalamiento de una cuantía, por lo menos en buena parte de las tarjetas bancarias conocidas. Ello no obsta para que, en un momento dado, una tarjeta establezca un cupo ilimitado pues, en últimas, se trata de un problema de riesgo de crédito y adecuando conocimiento y selección de la clientela. Sin embargo, partimos del supuesto de que, en general,

y a los prisioneros. Igualmente, se cita como antecedente muy destacado el denominado Código de Hammurabi en Babilonia, del cual se infiere que las actividades comerciales desarrolladas por sacerdotes y laicos y, más aún, las que podríamos llamar bancarias, habían adquirido tanta importancia que merecieron una detallada y prolija reglamentación.

En Grecia, en una economía en donde la moneda ya desempeñaba un papel muy importante, se conocieron y reglamentaron las labores de los “trapezitas”, propiamente prestamistas, y de los “colubitas”, cambistas, cuyas actividades florecieron en Atenas. Entre ellas merecen destacarse, como antecedentes del seguro marítimo, las operaciones de préstamo a la gruesa, consistentes en que el banquero entregaba al prestatario una suma que éste sólo devolvía si las mercancías llegaban a salvo a puerto.

En Roma, si bien los historiadores parecen coincidir en que en una primera etapa su organización inmobiliaria y formalista dio poca cabida a las regulaciones mercantiles, lo cierto es que, por lo menos a partir de los contactos con Grecia y el desarrollo de las relaciones con otros pueblos, aparecieron los “numularii”, cambistas, y los “argentarii”, propiamente banqueros. Como sus congéneres griegos, los romanos desarrollaban toda una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus clientes, liquidación de herencias por el sistema de remate, entrega de dinero a interés, testificación de contratos, recepción de depósitos, etc. A lo que puede agregarse el sistema contable, cuya evolución fue particularmente destacada.

Más adelante, como consecuencia de las invasiones bárbaras, se presentó una congelación en el movimiento comercial entre los pueblos de occidente que, además, se dificultó ante las prohibiciones de la Iglesia al reprobar como inmoral el préstamo a interés, lo que al decir de muchos explicó el notable desarrollo de esta típica operación bancaria entre pueblos no cristianos, especialmente los judíos. No obstante, las Cruzadas favorecieron el intercambio y la comunicación e impusieron a quienes se desplazaban en ellas la necesidad de transportar dinero y remitirlo a sus lugares de origen, presentándose un florecimiento de la actividad comercial y, por ende, de la bancaria. Se reconoce, por ejemplo, a los Templarios, caballeros banqueros, una función muy importante porque, sustentados en sus fuerzas militares, estaban en condiciones de garantizar no sólo el transporte de especies monetarias, sino su misma conservación, al recibirlas en depósito. Entre sus actividades estaba el alquiler de cajas fuertes a sus clientes, a quienes les daban una llave idéntica a la suya, antecedente incuestionable del moderno servicio de cajillas de seguridad. Un papel importante se les concede también a los orfebres, quienes trabajando con metales preciosos y ante los riesgos suscitados por el bandolerismo y la codicia general

que ellos despertaban, tuvieron que valerse de peculiares sistemas de protección y seguridad. En esta forma, al lado de su actividad principal, pudieron ofrecer, a quienes carecían de idénticas medidas de seguridad, las derivadas de sus propios sistemas, recibiendo sus especies preciosas en custodia, a cambio de las cuales expedían un certificado en el cual constaba su recibo, su posesión daba lugar a que, en ocasiones, el titular del depósito, en lugar de reclamar en forma directa los bienes para enajenados con posterioridad, transfiriera el documento a un tercero para que éste procediera, bien a demandar la entrega de los bienes, ya a negociar el título, a su turno, con otra persona. Pero al mismo tiempo, y en una forma empírica se constató que por esta vía los bienes y monedas entregados en custodia permanecían indefinidamente y en un volumen apreciable en manos de los depositarios, de donde, primero en forma censurable, pero después legitimada por su repetición, los orfebres comenzaron a transferir los bienes o a otorgar crédito con base en los depósitos en su poder. Todo esto permitió una utilización, por parte de los tenedores, de los certificados como instrumento de cambio, y de los depositarios, de los bienes recibidos como base para conceder crédito.

Continuando a saltos el proceso histórico, mencionemos cómo el desarrollo de las ferias medievales estimuló la actividad de los cambistas debido, en gran parte, a la diversidad de monedas y a la necesidad de reducir los riesgos de su traslado. A finales del siglo XIV y comienzos del XV aparecen diversos organismos financieros, desde los “Montes” para financiar las municipalidades, hasta bancos como la “Casa di San Giorgio”, en Génova.

Con el descubrimiento del Nuevo Mundo, la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamo, la banca adquirió una especial personalidad y se configuró con sus características modernas, dentro de las cuales se destaca la presencia del billete como forma monetaria, ya no vinculado a la existencia de unos determinados bienes en depósito, ni emitido tampoco a un beneficiario particular, sino expedido al portador, transferible por simple entrega y con la función primordial de instrumento cambiario. La banca contemporánea se caracteriza por integrarse dentro de un sistema que, como veremos, suele tener a su cabeza un banco central y está regido por normas particularmente estrictas.

Pero todo lo anterior, que puede consultarse con ventaja en numerosos autores⁴, resulta secundario frente al principio general que

4. CHACON, Néstor. Banca Central. Bogotá 1991. MARTINEZ, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario. Ed. Legis. Bogotá 2004. GAVIRIA, CADAVID, Fernando. Moneda, Banca y teoría Monetaria. Ed. Banco de la república. Bogotá 1997.

quisiéramos señalar en forma destacada para explicar lógicamente la existencia de la banca como concepto y, en especial, de la banca contemporánea. Para hacerlo tenemos que regresar un poco y precisar algunas naciones vinculadas a la historia de la moneda, que ya mencionamos rápidamente al hablar del Derecho Mercantil.

1.2 La noción del dinero y su papel en las economías monetizadas

La vigencia del denominado principio “de la división del trabajo” produjo el cambio y con él la circulación y distribución de la riqueza. En un primer momento dicho cambio se realizó por el simple sistema de trueque, vale decir, por el cambio físico de unas cosas por otras, con los innumerables inconvenientes que ello producía. Piénsese, por ejemplo, en la falta de coincidencia entre las necesidades recíprocas, en la desigualdad entre las cantidades disponibles para cambiar y en la inexistencia, entre otras, de un criterio de relación que permitiera evaluar el aprecio o contenido patrimonial que cada parte le atribuía a los bienes disponibles para ser cambiados. Ello originó la necesidad de establecer una medida a la cual pudieran referirse las cosas para apreciar su valor. Pero en esa tendencia fue preciso buscar una forma universal y representativa, es decir, aceptable para todos y de evidente contenido patrimonial, que permitiera descomponer el trueque en dos operaciones opuestas y complementarias, con relación a un patrón o medida de valor que sirviera de intermediario en los cambios.

Las distintas sociedades conocieron diversas formas de moneda. Los historiadores mencionan, entre otras, las pieles, los esclavos, el ganado, los tejidos, las maderas, etc. Dada entonces en cualquiera de estas organizaciones una medida de valor, era posible que, quienes inicialmente hubiesen tenido que optar por el trueque simple, pudieran estimar sus respectivos bienes en un valor, expresado en el tercer elemento, para poder precisar el “quantum” de la obligación, satisfacer los saldos que resultaran a favor de una de las partes, por tener sus bienes un precio superior al de la otra, etc. No se escapan, sin embargo, los inconvenientes que surgían por la posibilidad de destrucción, los gastos de conservación, las dificultades del transporte, la imposibilidad de fraccionamiento, la falta de rareza, la variabilidad en la cotización, etc. Deficiencias todas que permiten deducir y explicar lógicamente la necesidad de buscar una moneda que reuniera un mínimo de requisitos y salvara los anteriores inconvenientes. Es por ello, en contraste con lo visto, que la moneda, en su forma más universal, encontró su manifestación más aceptable cuando reunió las características de ser transportable con facilidad, indestructible, divisible, sin perder su valor como tal, homogénea, estable en su cotización y, en lo posible, de poco peso y volumen, para facilitar su circulación. Surgió así el concepto de moneda metálica, elaborada en metales preciosos y de demanda general, como el bronce, el plomo, el estaño, el platino, el oro o la plata, entre

otros. Todos con algunas dificultades derivadas de la variabilidad en su valor pero en general, susceptibles de brindar especies representativas aceptables y con las características que acabamos de mencionar.

1.3. Las distintas formas de dinero

a) Dinero metálico

Se reconoce, entonces, la importancia de la moneda metálica —en lo cual es preciso hacer énfasis— por tener un valor intrínseco, es decir, apreciable por sí mismo, pues cualquiera de los metales preciosos utilizados tenía y tiene aplicaciones industriales y comerciales que le confieren, por ellas solas, una específica significación patrimonial.

b) Dinero fiduciario

Sin embargo, el desarrollo de las operaciones mercantiles mostró que la moneda metálica si bien tenía ventajas indudables, soportaba aún serias limitaciones especialmente por las dificultades del transporte, cuando de grandes operaciones se trataba y había, en consecuencia, necesidad de utilizar un importante volumen de especies monetarias. Surgió entonces la denominada moneda de papel, título representativo de valor, ya no por atribuírsele una valuación concreta e intrínseca, sino por sustentarse en una valoración abstracta, resultante del respaldo brindado por la entidad emisora de la misma. Ahora bien, si la primera causa de la emisión de la moneda de papel fue la utilidad y necesidad de un sustituto a la metálica por su poca abundancia o por sus dificultades de transporte, lo cierto es que una segunda causa muy importante y origen de los principales trastornos en su utilización, surgió de la necesidad de proveerse de recursos extraordinarios, en particular por los Estados, cuando situaciones de emergencia, tales como las guerras, les obligaron a contar con mayor cantidad de moneda para adquirir los bienes y servicios extraordinarios, requeridos por las anómalas circunstancias propias de las contiendas. Y decimos que esta ha sido una de las causas principales de trastorno, por cuanto los Estados, abandonando las medidas de prudencia y de seguridad que requería la creación de un papel sin ningún contenido patrimonial intrínseco, emitieron en numerosas oportunidades cantidades exorbitantes de especies monetarias sin respaldo específico, lo que produjo, por definición, su envilecimiento y explica porqué en los sistemas contemporáneos la emisión de moneda, no solo se mantiene como monopolio estatal en forma prácticamente universal, sino se sujeta a rígidos principios de respaldo que garanticen a los particulares la solidez de la misma.

Surge de lo anterior el concepto de un sistema monetario en

el cual las disposiciones legales regulan la fabricación y circulación de la moneda y suelen referirla a un patrón, moneda propiamente o metal precioso, que sirve de comparación a las demás y de base al sistema. El más conocido en la actualidad, pese a las vicisitudes por las cuales ha atravesado en distintas épocas es el patrón oro, que en forma simple expresa la relación entre la moneda de cada país y la cantidad de oro que se encuentra en manos de la entidad emisora y que sirve de respaldo a la emisión de los billetes. Por mucho tiempo la existencia de este patrón monetario corrió aparejada con la de la “convertibilidad de la moneda”, entendiéndose por tal posibilidad de que gozaban los particulares de cambiar su papel moneda por la cantidad equivalente de metal precioso que la respaldaba. Hoy en día puede decirse que la convertibilidad se encuentra prácticamente abandonada en todos los países.

Tal vez resulte conveniente agregar la existencia, en cambio, de un principio que mantiene su vigencia y es el del “poder liberatorio de la moneda”, por lo menos dentro de los límites espaciales de la aplicación de la ley de cada Estado; principio según el cual la ley otorga a ciertas especies monetarias la virtud de que sean impuestas por los deudores a los acreedores a título de pago, de manera que con su entrega se satisfaga válidamente la obligación contraída.

Todo lo anterior, a pesar de lo sintético y desordenado, desde el punto de vista de la historia de la moneda y de la banca, se ha dicho para sustentar el principio cardinal de que una concepción de la banca, una explicación conceptual sobre su razón de ser y su vocación de permanencia, se encuentra sobre todo en reconocer que el mundo, desde hace mucho tiempo, gira en torno a un sistema monetizado y que dicho sistema no podría subsistir con suficiente eficiencia, sin la presencia de la banca como administradora de los recursos monetarios y, desde luego, beneficiaria de su empleo. Si quisiera expresarse la misma idea en otra forma se diría entonces que debe reconocerse que la banca ha existido y subsiste porque realizó las que podríamos llamar funciones primarias respecto a la moneda, o sea, su creación, traslado, cambio y custodia y que solo a partir de esa relación primera con la organización monetizada surgieron y se desarrollaron operaciones que hoy calificamos de bancarias y que, en últimas, en relación con las más importantes, no son nada distinto de la administración y aprovechamiento de esa moneda.

c) Dinero bancario⁵

A las formas anteriores podría agregarse su creación, ya no física, esto es acuñando moneda metálica o imprimiendo y emitiendo

5. “Contratos Bancarios” ps. 292 y ss.

moneda de papel, sino a través de la mecánica de la “creación secundaria”, con base en las disponibilidades para prestar que le dejan los depósitos realizados por su clientela. En efecto, el depósito dinerario en los bancos se ha calificado de “irregular” para indicar con ello que la entidad financiera se hace dueña de los recursos recibidos y, por consiguiente, puede disponer libremente de los mismos, con la sola obligación en su cabeza de devolver un tanto equivalente.

Lo anterior ha permitido sostener a algunos autores que la característica más importante de estos depósitos radica en la existencia de una doble disponibilidad. Dicha disponibilidad se predica, en forma simultánea y como curiosa consecuencia, de ambas partes intervinientes. En efecto, el cliente puede disponer de los recursos en cuanto existe un crédito a su favor, que será exigible de inmediato en los depósitos a la vista y que, aun en el caso de los depósitos a término, podría permitirle hacer lo propio si renuncia a los intereses derivados del plazo, en la opinión de numerosos autores, aunque la posición no es pacífica. Simultáneamente, el banco puede disponer y en efecto dispone de los recursos, colocándolos en operaciones activas de las cuales deriva su beneficio como intermediario financiero.

Este concepto jurídico de doble disponibilidad explica, de otra parte, el fenómeno económico llamado del “multiplicador bancario”. Cuando, con base en el depósito de su cliente el banco otorga un crédito y abona la suma resultante en otra cuenta, el recurso inicial se multiplica, pues habrá dos clientes que pueden disponer, en cierta medida, de una misma suma en forma simultánea. Lo que en otras palabras significa que, en virtud de dicho principio, los bancos influyen en el mundo económico a través de la creación de medios de pago, al habilitar a la comunidad para adquirir bienes y servicios por encima de las disponibilidades monetarias con las cuales contaban en un principio.

Un ejemplo permitirá ilustrar lo dicho: una persona deposita a la vista cien pesos en un banco y, por consiguiente, puede disponer de ellos en cualquier momento en su condición de acreedor. Al mismo tiempo, con base en la existencia de ese recurso, el banco, luego de dejar un veinte por ciento para atender las demandas ordinarias de su clientela, le presta ochenta pesos a un segundo cliente y se los abona en su cuenta corriente. Pues bien, entre ambos clientes pueden disponer de ciento ochenta pesos cuando el depósito inicial era tan solo de cien, con lo cual el banco ha ampliado la masa de recursos disponibles. Y puede continuar haciéndolo porque los ochenta abonados en cuenta aumentan sus depósitos o recursos disponibles en esa cantidad; si hace entonces otra deducción, que vamos a estimar también en veinte pesos, puede prestar a un tercer cliente la suma de sesenta pesos y así, en forma sucesiva, hasta agotar el saldo. Operaciones, todas, hechas con

base en la primera y sin un nuevo ingreso efectivo a las cajas de la entidad.

d) Dinero plástico

A la enumeración anterior debe agregarse la llamada “moneda plástica” en virtud de la cual es posible para los usuarios, utilizando tarjetas de crédito o débito, hacerse a efectivo realizar operaciones bancarias y satisfacer obligaciones monetarias a su cargo, con prescindencia de monedas metálicas, billetes o cheques.

En estricto rigor el “dinero plástico” no constituye un sucedáneo completo del dinero pues, entre otras, no puede usarse como unidad de cuenta o reserva de valor. Pero lo es, sin duda, en cuanto permite sustituirlo en la adquisición de bienes y servicios, esto es, como medio de pago. En la práctica, los plásticos pueden clasificarse en dos grandes grupos: los que se conectan a través de una red, de los que hacen parte las tarjetas crédito y débito y los que operan sin requerirlo como ocurre con los “monederos electrónicos” o las denominadas “tarjetas inteligentes”, que contienen en si mismos el registro del valor disponible y que agotan progresivamente el saldo con su utilización, si bien cada vez son mas los que pueden recargarse.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la actividad bancaria es universal, en el sentido de que cualquiera que sea el sistema político adoptado en un Estado, siempre y por definición, en cuanto la organización económica se sustente en un esquema monetizado, tendrá que existir obligatoriamente la banca y llevarse a cabo las operaciones que le son propias.

1.4. Los títulos valores

a) Noción

Una de las creaciones más significativas del derecho mercantil ha sido, sin duda, la de los títulos valores, sustitutos, en algunas de sus modalidades, del dinero como medios de pago. En general y siguiendo a Vivaldi, se ha dicho que son “los documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Con motivo de su emisión el derecho que los origina se incorpora de tal manera que, a partir de ese momento, no puede concebirse la existencia de aquel, sin la tenencia y exhibición del instrumento: “no hay derecho sin título ni título sin derecho”

b) Clasificación

La teoría general de los títulos-valores, y el desarrollo doctrinario

y jurisprudencial, indican que los mismos pueden clasificarse de muy diversa manera. Desde el punto de vista de la ley de circulación, se clasifican en nominativos, a la orden y al portador. Dentro de la moderna concepción de esta posibilidad tripartita, se entiende, por títulos al portador aquellos que se transfieren por la simple entrega. Son títulos a la orden los que se transfieren por endoso y entrega y, por último, son títulos nominativos aquellos que se transfieren por endoso y entrega como los anteriores, pero que implican, además, la necesidad de registrar dicha transferencia en los libros que, para tal efecto, debe llevar la entidad emitente de los mismos.

De donde puede entenderse sin dificultad el principio general de los títulos valores llamado de la "legitimación", que, desde el punto de vista activo, supone que una persona está autorizada de acuerdo con la ley de circulación del instrumento para cobrarlo o transferirlo válidamente. Siguiendo la secuencia que acabamos de presentar tendremos que en los títulos al portador estará legitimado para cobrarlo o transmitirlo quien lo tenga en su poder y lo presente o entregue, según el caso; en los títulos a la orden será tenedor legítimo quien figure como último endosatario de una cadena ininterrumpida de endosos, de manera que el deudor sólo podrá liberarse pagándole a él y, finalmente, será tenedor legítimo en un título nominativo aquel que lo presente y corresponda al último endosatario de una cadena ininterrumpida de endosos siendo su endosante quien aparezca por última vez registrado en los libros de la sociedad emitente, si se trata de verificar un nuevo registro o siendo él mismo quien allí aparezca, cuando de transferir el instrumento se trate.

Se clasifican igualmente y por razón de la naturaleza del derecho incorporado en títulos de contenido crediticio; títulos reales o representativos de mercaderías y títulos personales o corporativos. Los primeros se caracterizan por incorporar la obligación de pagar incondicionalmente una suma determinada de dinero y tienen como ejemplos mas representativos a la letra, el cheque y el pagaré. Los segundos incorporan el derecho de disponer de la mercancía, como ocurre con los certificados de depósito emitidos por los Almacenes Generales de Depósito o los conocimientos de embarque emitidos por el capitán del barco. Y los últimos reconocen una posición jurídica particular al tenedor legítimo frente a la entidad emitente, de manera que el derecho incorporado va mas allá del que literalmente se expresa y precisa acudir a los estatutos que la regulan para determinarlos con precisión. Por esta última circunstancia se dirá que son causales y no abstractos, como ocurre, por regla general, con los títulos valores, que no requieren una invocación de la causa ni requieren soportarse en ella para ejercer los derechos que confieren.

En el derecho de la contratación bancaria hay una clara cercanía entre los distintos contratos y los títulos valores que en ellos se emplean, para instrumentarlos o como objeto natural de los mismos, que en veces es forzosa como en el caso de los cheques. El contrato de mutuo suele plasmarse en un pagaré; el de descuento suele hacerse de letras y facturas; el crédito documentario no se entendería sin la presencia de conocimientos de embarque ni la intervención en el mercado de capitales sería concebible sin la emisión de bonos.

Dentro de esta estructura negocial no cabe la posibilidad de que el cheque revista la forma de título nominativo y, como consecuencia, la mayor parte de las legislaciones sólo permiten que él sea a la orden o al portador. Es en relación con la primera posibilidad que vuelve a plantearse el problema de la negociabilidad del instrumento por las razones que intentaremos explicar en seguida.

El endoso es la forma típica mediante la cual se transfieren los derechos derivados de un título valor a la orden. Como dice la doctrina, es una cláusula accesorio e inseparable del título por la cual el tenedor o acreedor cambiario coloca en su lugar a un tercero, con efectos limitados o ilimitados. Dentro de esta apasionante figura del derecho cambiario que explica, en buena parte, por sus ventajas sobre la cesión de créditos, el agilísimo papel que los títulos de crédito cumplen en la vida económica, existe un principio relacionado con la oportunidad del endoso, según el cual éste debe realizarse antes del vencimiento del título. De allí que buena parte de las legislaciones estatuyen que si se realiza el endoso con posterioridad al vencimiento, dejan de producirse los efectos peculiares y privilegiados que le son propios, para producir tan solo los efectos de una cesión ordinaria.

Dejando de lado la mecánica que pudiera imponerse al endoso como consecuencia de esta equiparación, recordemos que el endoso, por aplicación del principio general de la "autonomía", de los títulos valores, confiere al adquirente una propiedad originaria, por así llamarla, por oposición a la adquisición derivada, de manera que su titularidad es limpia, desprovista de los vicios o defectos de que hubiese podido estar afectado el título del tenedor anterior. En otras palabras, que contra el principio general según el cual "nadie puede transferir más derecho del que tiene", en los títulos valores se presenta la característica que acabamos de mencionar y que se traduce en que si un titular aparente del derecho lo era en forma precaria en el momento de transferir el instrumento, la posición del adquirente se mejora, por así expresarlo, y queda a salvo de la defectuosa configuración que podría predicarse de quien figuraba como su antecesor.

Este principio de la autonomía se traduce en que cuando una persona como tenedor de buena fe, es decir, que ha adquirido el título

regularmente y sin conocimiento de los vicios de que podía adolecer la posición de su antecesor, lo presenta para su cobro al obligado, éste no puede proponerle las excepciones que hubiera podido presentarle al endosante, o sea, a quien antecedió al tenedor. A menos que el endoso se haya hecho con posterioridad al vencimiento del título.

Un ejemplo será útil: una persona vende a otra su casa de habitación y el adquirente le paga todo o parte del precio aceptando una letra de cambio o librando un cheque a su favor. El beneficiario de una u otro puede, en un momento dado, incumplir su obligación de entregar la casa, supuesto en el cual y por aplicación de un principio general de derecho, el comprador estaría relevado en forma temporal de su obligación de pagar el precio, pues en los contratos bilaterales ninguna de las partes está obligada a cumplir si la otra previamente no lo ha hecho o no se ha allanado a cumplir.

Ahora imaginemos que el vendedor, quien ha recibido el cheque, lo había transferido por endoso a un tercero y éste se presenta a cobrarlo al comprador. Pues bien, el comprador no podrá abstenerse de pagar con el argumento de que el vendedor no le ha entregado la casa, cuya compra originó el giro del cheque, pues esa circunstancia anterior es ajena a la posición del tenedor. Este adquiere el título en forma autónoma y no pueden proponérsele las excepciones que el deudor tuviera contra la parte anterior, en este caso contra el vendedor del inmueble. O para presentarlo en otras palabras, si se tratara del vendedor cobrando el cheque, el comprador podría proponerle la excepción consistente en el no cumplimiento de sus obligaciones. Esta excepción que prosperaría contra el vendedor no podrá prosperar contra el tercero adquirente del título.

Todo viene a cuento para explicar que la más importante diferencia procesal entre el endoso y la cesión se traduce en la posibilidad o imposibilidad de proponer excepciones derivadas de relaciones anteriores. Pues bien, el problema que se plantea en el caso de los cheques es en apariencia sencillo, pero no deja de tener sus aspectos complicados: si el cheque por definición es un título a la vista, es decir, exigible desde el mismo momento de su nacimiento, podría afirmarse que se trata de un título que nace vencido o que está vencido desde su propio nacimiento. Y si realmente así fuera, podría sostenerse que el endoso no gozaría entonces de las prerrogativas propias de ésta institución sino, en el mejor de los casos, de los efectos de una cesión, con las naturales implicaciones para el último tenedor, quien vería su posición desmejorada. Interpretación ésta que acabaría, en la práctica, con la negociación del cheque por cuanto nadie estaría interesado en recibirlo por la vía del endoso a sabiendas de que su posición sería inferior a la de un endosatario ordinario.

Este problema ha sido solucionado en dos formas: por expresa disposición de la ley, al permitir que el cheque pueda ser negociado hasta antes de la fecha prevista como posible para su presentación, o por interpretación doctrinal que ha conducido a idéntica conclusión. La única diferencia entre una y otra puede encontrarse en que cuando la ley lo ha permitido el endoso puede tener una fecha ulterior a la de la creación del cheque, que si es anterior a la del plazo límite para su presentación será suficiente para tener el endoso como regular y realizado en debida forma.

En cambio, cuando se trata de una conclusión doctrinaria existe la dificultad de que si el endoso es posterior a la fecha de creación, un juez podría sostener, con razón o sin ella, que se trata de un endoso posterior al vencimiento, con las consecuencias ya vistas. Para evitar al máximo esta posibilidad podría verificarse el endoso sin fecha y presumirse que se realizó en forma simultánea con la creación del cheque. Es obvio, en todo caso, que la solución por vía doctrinal es menos segura que la derivada de una disposición legal expresa.

c) Presentación para el pago

Dependiendo de la forma de su vencimiento, las legislaciones establecen diverso plazos para su presentación a fin de que los mismos sean pagados. Se trata normalmente de plazos cortos que se tornan brevísimos cuando del cheque se trata.

Si el cheque es una orden de pago librada contra el banco es forzoso que el cumplimiento de la misma implique la presentación del título al banco destinatario. No se concibe, en efecto, otra forma para que éste pueda enterarse de la orden librada en su contra. La presentación del cheque puede hacerse directamente por el beneficiario, mediante su exhibición en las ventanillas o cajas del banco para demandar el pago en efectivo, o a través de otro banco situado en la misma plaza o en otra distinta. En este último caso, el banco depositario lo presenta al librado, en lo general y en las ciudades donde tal sistema se encuentra establecido, a través de la denominada cámara de compensación a la que ya nos referiremos mas adelante en el programa. Por ello, el proyecto INTAL (Proyecto Uniforme de Títulos Valores preparado a instancias del Instituto para la Integración de América Latina) y varias legislaciones, han previsto que la presentación del cheque en cámara de compensación producirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado.

Para ser consecuentes con la función instrumental de medio de pago que de ordinario cumplen los cheques, la mayor parte de las legislaciones se inclina por establecer plazos brevísimos de presentación que pueden oscilar alrededor de un mes, para dar un ejemplo, y que

están destinados a reafirmar el principio de que los cheques se libran para ser cobrados y no para conservarlos en poder del beneficiario.

La importancia de la existencia de un plazo para la presentación del cheque radica en la determinación de los efectos que su incumplimiento produce para el tenedor. Podemos afirmar que, en general, la sanción que se deriva de tal omisión es la pérdida de las acciones cambiarias derivadas del título valor, contra todos o algunos de los obligados, que puede ser catastrófica en los sistemas en los cuales la suerte de la acción causal, es decir, de la derivada del negocio jurídico que dio origen a la emisión del cheque, se encuentre ligada a la de la acción cambiaria, porque en este supuesto la extinción por caducidad de la última hará desaparecer, así mismo, la posibilidad de ejercitar la primera. Este supuesto contradice la posición doctrinal más generalizada según la cual una de las manifestaciones de independencia entre las acciones cambiaria y causal consiste en que de cada una de ellas se predican en forma separada los términos de prescripción y caducidad que les son propios.

La Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque, por ejemplo, establece en su artículo 40 que la viabilidad de las acciones cambiarias depende de haber sido presentado el cheque en tiempo hábil y verificarse tal circunstancia por un acto auténtico (protesto) o "por una declaración fechada de una cámara oficial de compensación, en que conste que el cheque ha sido enviado en tiempo hábil y no ha sido pagado".

El proyecto INTAL⁶, establece una solución dual. En efecto, en su artículo 120 estatuye que "la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del librado, y por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse". Esto significa que la simple falta de presentación y protesto en tiempo no produce la caducidad de las acciones sino cuando durante el plazo de presentación hayan existido fondos suficientes y el cheque no haya dejado de pagarse por una causa imputable al librador. En el inicio, sin embargo, reitera el principio ginebrino en relación con los demás signatarios respecto a los cuales la caducidad se produce por "la simple falta de presentación o protesto".

La legislación italiana, por el contrario, establece que el tenedor no pierde sus acciones contra el librador "aunque el cheque no haya sido presentado en tiempo, y no se haya practicado el protesto o la comprobación equivalente". Agrega, sin embargo, que si con

6. Se conoce con este nombre el proyecto uniforme de Títulos-valores preparado por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, a instancias del Instituto para la Integración de América Latina, INTAL.

posterioridad al plazo de presentación la disponibilidad de la suma llegase a faltar "por hecho del girado" se pierden tales derechos. Supuesto este que parece referirse al caso de que el banco quiebre.

En todo caso, puede sostenerse que la no presentación en tiempo puede traducirse en la pérdida de las acciones contra el librador y los demás endosantes.

d) Protesto

El protesto, en términos generales, es la diligencia en la cual se deja constancia sobre el no pago de un título valor y las circunstancias o razones de tal negativa. Tradicionalmente, en especial con la letra de cambio y los demás títulos por ella disciplinados, supone la realización de una diligencia notarial con presencia del obligado en la cual se deja constancia de las razones del no pago. La constatación en América Latina de la tendencia a excusar el protesto, consagrada como posibilidad en muchas legislaciones, llevó al Proyecto INTAL a establecer en su artículo 85 un principio inverso consistente en que "el protesto sólo será necesario cuando el creador de la letra o algún tenedor, inserte la cláusula con protesto, en el anverso y con caracteres visibles". De todas formas, aun en el sistema del INTAL, no es evidente que esta disposición sea aplicable al caso de los cheques para los cuales, en cambio, se ha consagrado un sistema expedito consistente en que la anotación que el banco o la cámara de compensación pongan de haber sido presentado el cheque en tiempo y no pagado, total o parcialmente, surtirá los efectos de protesto.

e) Acciones cambiarias

La acción cambiaria es aquella de la cual goza el tenedor de un título valor para exigir el cumplimiento de los derechos en él incorporados. Cuando se trata de un título valor de contenido crediticio, como el cheque, la acción cambiaria está dirigida a obtener el pago en el supuesto de que, presentándolo en tiempo, no sea satisfecho por el banco librado. En general, la doctrina y las legislaciones distinguen entre la llamada acción cambiaria directa, que es aquella que se dirige contra el principal obligado o sus avalistas y acción cambiaria de regreso que es la que se intenta contra cualquiera de los demás obligados, como los endosantes.

En el caso del cheque se ha llegado a la conclusión de que no cabe el ejercicio de la acción cambiaria directa, en los sistemas en los cuales ella solo puede intentarse contra el otorgante de una promesa de pago o el aceptante de una orden de pago, salvo en el caso de los cheques certificados. Y no cabe por la sencilla razón de que, como se

dirá, el cheque jamás es aceptado por el banco, de manera que si en las órdenes de pago el concepto de principal obligado se identifica con el aceptante y la noción se aplica al cheque por invocación legislativa o por interpretación doctrinal, tendríamos que en él solo caben las denominadas acciones de regreso.

La anotación tiene un contenido práctico indiscutible porque de ordinario la acción cambiaria directa está sometida a un término de prescripción mucho más amplio que el de la acción cambiaria de regreso. Sirva de ejemplo lo establecido por el proyecto INTAL, en sus artículos 240 y 241, de cuya lectura se deduce que la acción cambiaria directa para los títulos valores prescribe en tres años a partir de la fecha de vencimiento, mientras la acción cambiaria de regreso prescribe en un año desde la fecha del protesto o del vencimiento si el título fuere sin protesto y, en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación. A lo que se agrega que la acción del obligado de regreso que paga contra los demás obligados prescribe en seis meses desde aquel momento o desde la notificación de la demanda. Para el caso del cheque, el artículo 121 prevé que las acciones cambiarias prescriben en seis meses "contados desde la presentación, las del último tenedor, y desde el siguiente a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y los avalistas".

Por consiguiente, ya que en una determinada legislación se establezca o deduzca que no existe acción cambiaria directa en el caso del cheque, caso en el cual la acción de regreso tiene un término de prescripción más corto, bien que la legislación prevea un término particular de prescripción para sus acciones cambiarias, se concluye que este término suele ser inferior al previsto para los demás títulos valores y desde luego, al establecido para la acción cambiaria directa, en casos como el de la letra de cambio.

Como ya observamos, los presupuestos lógicos para el ejercicio de las acciones cambiarias son la presentación y el protesto del título respectivo. Igualmente dijimos que contra las acciones cambiarias sólo pueden proponerse, las excepciones taxativas que ha consagrado la ley, con el objeto de dotar al título valor de todas las garantías de certeza y seguridad con que deben contar los adquirentes para que su circulación se vea favorecida.

A lo cual debe agregarse que, en la mayoría de las legislaciones, los títulos valores suelen ser reconocidos como aquellos que aparejan ejecución, es decir, en los cuales se incorporan obligaciones ciertas e indiscutibles a cargo de un deudor, de manera que el ejercicio de la acción ante los poderes estatales no está orientado a que éstos reconozcan o no la existencia de un derecho sino que, partiendo de la base de que

él existe y aparece suficientemente probado en el título que se presenta, corresponde más bien demandar medidas cautelares dirigidas a sacar del comercio algunos bienes del deudor para que, en caso de que éste no pague, sea posible ordenar su remate y con el producido o mediante su adjudicación satisfacer la obligación incumplida.

Un último comentario para volver sobre la hipótesis excepcional en la cual cabría el ejercicio de la acción directa contra el banco. Ella está constituida por el supuesto de la certificación de un cheque en el cual el banco se obliga en forma directa frente al tenedor y, por consiguiente, en el remoto supuesto de que el cheque no fuera pagado a su presentación, el banco tendría que soportar en su contra la acción directa ejercitada por el tenedor.

2. Disposiciones generales aplicables a la contratación ^{7 8}

2.1. Noción del contrato

El acto jurídico reviste dos modalidades bien precisas: en primer término puede consistir en la manifestación de una sola voluntad, mediante la cual una persona determina la producción de efectos jurídicos a cargo o en provecho suyo y cuya principal representación está constituida por el testamento. O puede consistir en la manifestación o el acuerdo de dos o más voluntades que buscan la consecución de un mismo logro y que se califica como acto bilateral o plurilateral. Los dos ejemplos más destacados del acto jurídico bilateral son el contrato y la convención.

El contrato y la convención se relacionan con una diferencia de especie a género, en cuanto por contrato se entiende una forma de convención encaminada específicamente a la creación o constitución de obligaciones, mientras que la convención es el acuerdo de voluntades dirigido a la producción de un efecto cualquiera, es decir, a la creación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

7. Para este apartado deben consultarse además :

Legislación:

- Código Civil: Artículos 1502, 1508-1526, 1602-1607, 1612-1616, 1617, 1625, 1630-1652.
- Código de Comercio: Artículos 1, 2, 822-831, 864-872, 882-886, 897-904.
- EOSF: Artículos 7, 12, 24, 27, 29, 30, 31, 33, 36 y 38.
- Circular Básica Jurídica: Título II, Capítulo primero, numeral 1 y Título V, capítulo I.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 169-196.

8. Tomado en lo fundamental del libro "Negocios Fiduciarios. Su significación en América latina" Editorial Legis, Bogotá. 1ª. Edición. 2005. ps. 133 y ss.

2.2. Eficacia de los actos jurídicos

La existencia y validez de los contratos estaban subordinados en la teoría clásica a la presencia de un conjunto de elementos considerados esenciales, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Requisitos a los cuales se agregaba la necesidad de que los contratos se adecuaran a los ordenamientos de las disposiciones que tutelan el orden público y las buenas costumbres, de una parte y al reconocimiento y guarda de las formas establecidas por la ley, como necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

En una concepción más moderna podría decirse que existencia, validez y oponibilidad son requisitos de eficacia de los actos jurídicos, como lo veremos enseguida.

a) Requisitos de existencia.

(i) Voluntad

El acto jurídico nace de una manifestación de voluntad, del querer de una persona enderezado a la producción de una determinada consecuencia. Así concebida, se trata de manifestación del querer individual o aislado del agente. Dotada de los requisitos de intención de obligarse, destinación específica y concreción, se convierte en una oferta, como punto preliminar que hace parte esencial del proceso dinámico de formación del negocio jurídico, trátase de convención o contrato. Para que una u otro nazcan es preciso, además, que se exprese o pueda deducirse el consentimiento del destinatario. Este recoge o refleja el punto de contacto donde las voluntades se hacen coincidentes y puede hablarse con propiedad del acuerdo. El consentimiento es necesario entonces, tanto para la conclusión del contrato como para la precisión sobre su contenido.

La voluntad, que hemos llamado consentimiento en el caso de los contratos, se manifiesta en cada contratante por signos externos que pueden ser expresos, como las palabras, los escritos, etc., o tácitos, es decir, conductas de las cuales puede inferirse inequívocamente una determinada manifestación de voluntad. Debe anotarse al respecto que esta segunda posibilidad solo cabe, en la práctica, en los contratos consensuales, que se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades sobre los elementos fundamentales del contrato y no en el de los solemnes, cuyo nacimiento se liga al cumplimiento de una formalidad, como ocurriría con la forma escrita o con los denominados reales cuyo perfeccionamiento implica la entrega de la cosa, pues en ambos casos la existencia no puede inferirse de evidencias que indiquen el propósito

de convenir en un determinado sentido, pues ellas resultarán inanes si la forma o la entrega no se dan. Y este tema es relevante porque no pocas legislaciones exigen la forma expresa y escrita, en general o para negocios como el fideicomiso o que recaigan sobre cierta clase de bienes como los inmuebles.

El acuerdo de voluntades, a su turno, surge de un proceso que se inicia con la oferta o invitación a contratar que, como toda manifestación de voluntad puede ser expresa, cuando está directa y categóricamente dirigida a formular la invitación respectiva o tácita o implícita cuando se deduce de la conducta del individuo, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando un banco que presta los servicios habituales en la plaza tiene abiertas sus puertas al público. Los transeúntes, no importa si tienen o no relación directa con el establecimiento, entienden que hay una tácita oferta a negociar en el sentido de utilizar los distintos servicios que se han puesto a disposición del público, siempre que se llenen los requisitos y acrediten las calidades que el banco exige de sus clientes. Esta oferta puede dirigirse a una persona determinada, es decir, puede tratarse de una oferta particular o bien dirigirse al conglomerado, a la comunidad en general, como sucede cuando una entidad financiera decide hacer una emisión de bonos, obligaciones o debentures, caso en el cual la oferta se cursa a un número indeterminado y desconocido de suscriptores. Cualquier individuo que quiera prestar su dinero en las condiciones y términos contemplados en el contrato de emisión, puede recoger la oferta y concluir en esta forma el contrato. O lo que ocurriría con la sociedad fiduciaria que ofreciese al mercado un fondo de inversión. La aceptación por su parte es individual y producida ella se concreta la coincidencia de voluntades que, expresada en la forma prevista por la ley, da lugar al nacimiento del contrato.

Sobre el tiempo y lugar donde se perfecciona el contrato, cuando se trata de acuerdo entre ausentes, existen dos grandes sistemas: el primero sostiene que el contrato se perfecciona en el momento y lugar en que el destinatario de la oferta expresa su aceptación; el segundo, en cambio, afirma que es preciso que el oferente conozca a su turno la aceptación que ha correspondido a su propuesta, en cuyo caso sólo se perfeccionaría el contrato cuando el oferente fuese debidamente enterado.

Una última observación que puede tener un interés particular en el estudio del negocio jurídico dice con la denominada aceptación por el silencio. En principio la aceptación, como cualquier otra manifestación de voluntad, puede ser expresa o tácita. En general las legislaciones y la doctrina rechazan el silencio puro y simple como forma de expresar la voluntad y, consecuentemente, como forma de aceptar la oferta que se haya recibido. Sin embargo, debe tenerse en

cuenta que algunos contratos bancarios, son típicos contratos por adhesión. Tal ocurre en Colombia con el contrato de cuenta corriente bancaria o con los denominados Fondos Comunes Ordinarios o Especiales, para poner dos ejemplos. Los clientes contratan con las instituciones con base en los reglamentos generales que éstas tienen establecidos y que partiendo de la ley regulan íntegramente la relación contractual, por lo que el tema del silencio puede tener interés por lo que dice con las ulteriores modificaciones del contrato, como lo veremos un poco mas adelante.

Digamos, por último, que para que el consentimiento tenga eficacia jurídica, es preciso que se exprese, no sólo con pleno conocimiento, sino con voluntad libre, esto es, que dicho consentimiento no adolezca de vicios.

(ii) Objeto

En estricto rigor, entiéndese por objeto el contenido propio del contrato, vale decir, las obligaciones surgidas del mismo, si bien, en la práctica legislativa y doctrinaria, se habla de objeto del contrato refiriéndose al objeto propio de las obligaciones, o sea, las prestaciones positivas o negativas que se esperan de los contratantes, como consecuencia de los compromisos contraídos.

El objeto debe existir en el momento de la celebración del contrato, aunque las legislaciones admiten que se realicen contratos en relación con cosas futuras, es decir, cosas de las cuales se espera su existencia en el momento en que habrá de ejercitarse el derecho correspondiente. Del objeto se predicen, como características, el que debe ser útil, determinado, posible y lícito. La utilidad toca con la seriedad misma del contrato, en la medida en que las prestaciones de las partes deben tener un contenido específico desde el punto de vista patrimonial. Debe ser determinado o determinable de manera que no quepa duda sobre la existencia de obligaciones precisas a cargo de las partes. El concepto resulta obvio en cuanto a cuerpos ciertos y, cuando de cosas de género se trata, la determinación de las mismas, se hace a través de la precisión sobre su cantidad y calidad. El objeto debe ser, asimismo, posible, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista jurídico. La posibilidad física o material dice con la existencia misma del bien en la naturaleza, con la salvedad hecha en relación con las cosas futuras. El tema es importante en materia de fiducia pues no todas las legislaciones lo regulan expresamente. La jurídica toca con la existencia de los bienes en el comercio, es decir, su posibilidad de ser negociados por los particulares, concepto que, por la negativa, se deduce mejor del reconocimiento de bienes que se encuentran fuera del comercio, por su naturaleza misma o por disposición de la ley. Ello puede suceder, para el último caso, con los bienes de uso

público, no susceptibles de enajenación por parte de los particulares o aquellos que, estando trabados dentro de un proceso judicial, han sido embargados y secuestrados y, por consiguiente, sacados del comercio. El objeto, por último, es ilícito, cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, como sería negociar con un derecho político, como el derecho al voto, con la observación, tan solo, de que, para algunas legislaciones y doctrinas, es también objeto ilícito el que se refiere a bienes que se encuentran fuera del comercio, mencionados antes como bienes imposibles, desde el punto de vista jurídico.

(iii) Causa

La causa reviste dos modalidades o conceptos, la llamada causa objetiva y la denominada subjetiva. La primera suele expresarse como la de la obligación, antes que la del contrato y en los negocios jurídicos bilaterales está constituida, para cada uno de los contratantes, por la obligación que el otro asume. En los contratos unilaterales, al decir de los autores, la causa no radica en el contrato mismo sino en el hecho antecedente que origina la obligación, como sucedería en el caso del contrato de mutuo, en el que la causa de la obligación de devolver la suma de dinero sería el haberla recibido de manos del prestamista. Desde este punto de vista se sostiene que la causa debe ser existente. Pero además se afirma que la causa debe ser lícita y, en este caso, se refiere más a la causa subjetiva, entendiendo por esta la causa impulsiva y determinante, o sea, aquella que induce a una parte a contratar. Por este particular, la causa ilícita puede coincidir, a veces, con el objeto ilícito, pero, para distinguirlas precisamente, puede concebirse un contrato cuyo objeto sea lícito, por ejemplo, dar en arrendamiento una casa de habitación, pero para una finalidad prohibida por el orden público o las buenas costumbres, como podría ser la instalación en ella de una casa de lenocinio, en la medida en que esta posibilidad estuviese prohibida por la ley.

(iv) Forma impuesta

El contrato, por otra parte, debe llenar las exigencias legislativas relacionadas con su forma. En este aspecto y por excepción al principio general del consensualismo, según el cual los contratos se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades, las legislaciones consagran, habitualmente, dos clases de formalidades específicas: las que existen en los denominados contratos reales y las que aparecen en los llamados contratos solemnes. Son contratos reales aquellos que sólo se perfeccionan por la entrega de la cosa, como sucede, por ejemplo, con los contratos de depósito o comodato. Son contratos solemnes, por su parte aquellos para cuyo perfeccionamiento se exige una forma particular, bien la simple forma escrita ya una escritura auténtica, que deriva esta calidad de haber sido otorgada ante un funcionario público habilitado para dar

fe sobre las convenciones celebradas entre particulares. En este punto hay que distinguir entre las formalidades establecidas en verdad como tales, es decir, como requisitos esenciales para el nacimiento del contrato y las que sólo se establecen por la ley como un medio de prueba, esto es, como un instrumento idóneo y exclusivo, en principio, para poder acreditar su celebración. En este caso, la diferencia fundamental estriba en que la omisión de las primeras produce la inexistencia o nulidad absoluta del contrato, según la legislación aplicable, mientras en las segundas se dificulta la prueba, en relación con la amplia gama de posibilidades con que cuentan, en principio, las partes, pues las formalidades “*ad probationem*” excluyen otra clase de pruebas para acreditar la celebración del contrato.

(v) Elementos de la esencia

Las legislaciones, al tipificar los contratos, establecen, naturalmente, los elementos o cosas sin cuya presencia no producen efecto alguno o degeneran en otro contrato, produciéndose, en este caso, la denominada conversión del negocio jurídico.

Esta última supone, en lo fundamental, que ante un negocio que estaría llamado a desaparecer por razones de ineficacia, en sentido lato, cabe su rescate si del mismo pueden predicarse los requisitos esenciales de otro contrato y este último resulta compatible con el propósito negocial de las partes. No hay posición pacífica en la doctrina sobre su aplicación cuando se trate de un negocio que sería calificado de inexistente y el tema, desde luego, depende, en últimas de cada solución legislativa. Pero podríamos simplificar diciendo que, en todo caso, no sería de aplicación en los eventos de que en esa hipótesis o en la de la nulidad absoluta, la glosa o carencia no fueran saneables.

b) Requisitos de validez

(i) Capacidad

Hemos dicho que la capacidad es la aptitud de que gozan todos los sujetos de derecho, personas jurídicas o naturales, para adquirir derechos y contraer obligaciones. Agregamos que esta noción de capacidad corresponde a la que los autores han distinguido con el apelativo de capacidad de goce común y connatural a todos los sujetos de derecho, mientras limitan el concepto de capacidad de ejercicio para expresar la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos. Basta decir ahora, que la capacidad es el principio general y que, por excepción, surge la noción de incapacidad, cuya importancia más destacada aparece al estudiar las condiciones de ineficacia de los contratos.

(ii) Objeto lícito

No basta, como ya lo anotamos, que pueda reconocerse en el negocio un objeto. El debe ser lícito, no ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. Por eso se ha dicho que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público y, en general, en todo contrato prohibido por las leyes.

Sobre el particular la doctrina ha recordado que no se trata de la calificación de las “cosas” objeto de los contratos, sino “su destino... y los actos que sobre ellos (se) realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos”.

Por ejemplo, las legislaciones sobre fiducia suelen prohibir la celebración por esa vía de contratos que no le fuese lícito al fideicomitente realizar de manera directa, para evitar que el mecanismo se constituya en medio empleado para hacer fraude a la ley. Pero el tema debe revisarse con cautela porque hay posibilidades que la ley cercena a una persona por razones vinculadas al tipo de normas particulares que ella debe soportar por razón de su responsabilidad u oficio. Pero que en si no entrañan descalificación objetiva del acto pues el mismo resultaría ajustado a los intereses superiores de la comunidad, la moral y las buenas costumbres. Se trata entonces de inhabilidades subjetivas, en virtud de las cuales un funcionario público, por ejemplo, no podría disponer de una partida para una finalidad no prevista en el presupuesto, por plausible o justificada que pareciera pero un particular, en cambio, un fiduciario, en concreto, podría asumir a su cargo la obligación de emplear los recursos necesarios para la consecución del propósito, como parte de la contraprestación que recibe por su desempeño.

(iii) Causa lícita

Igual afirmación puede hacerse en punto a la causa. Considerada como subjetiva su eventual ilicitud supone que el motivo determinante resulte prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público⁹.

(iv) Inobservancia de la totalidad de las formas

Puede ocurrir que se haya cumplido con la solemnidad prevista por la ley en un caso concreto y pueda concluirse, por ende, que el acto o contrato han nacido a la vida, pero que se haya omitido un requisito

9. . Colombia. “... Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. ...” (Artículo 1524 del Código Civil)

que conduzca por ello a tenerlo por irregular, caso en el cual no se tendrá como válido o derivará en otro, como lo vimos al mencionar la teoría de la conversión.

c) Requisitos de oponibilidad

En veces la ley o las partes exigen que se cumplan requisitos adicionales, ya no para reconocer la existencia o validez del contrato sino para hacerlo oponible a terceros, esto es, para dotarlo de publicidad. Esta hipótesis es de señalada importancia en el derecho mercantil en cuanto exista un registro público de comercio en el que tanto tengan que matricularse los comerciantes o sus establecimientos como deban inscribirse ciertos actos o contratos, justamente, para hacerlos conocer presuntamente a terceros. Tal ocurre en algunos países con los contratos de fideicomiso y, aun, con los profesionales que en esa forma se dedican a actuar como fiduciarios.

2.3. Ineficacia de los contratos

Se entiende por ineficacia de los contratos – en sentido lato – el conjunto de supuestos, en virtud de los cuales el acto jurídico no produce efectos o produciéndolos, están llamados a desaparecer. En otras palabras, existe un conjunto de requisitos imprescindibles o esenciales cuya falta total o parcial determina la imposibilidad de que el contrato nazca a la vida jurídica. Sin embargo, aun reuniéndose, puede acaecer que el contrato adolezca de algunas fallas o defectos, en razón de los cuales puede desaparecer, como consecuencia de las acciones que contra ellos se adelanten o las decisiones judiciales que así lo reconozcan.

Esta ineficacia, sin embargo, reviste distintos grados que, en lo general, se clasifican en dos: inexistencia e invalidez, predicándose de esta última, distintos supuestos, en especial la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Algunos autores incluyen como causal de invalidez la denominada rescisión por lesión enorme que es una particular forma de terminar los contratos. En relación con la inexistencia misma hay que repetir, que no todas las legislaciones admiten el concepto por lo cual y aun cuando la tendencia contemporánea parece ser la de reconocerla, esos sistemas involucran los supuestos de existencia en los de nulidad absoluta. Debe observarse, sí, que la inexistencia como concepto resulta un tanto etérea, pues sólo tiene verdadera relevancia jurídica si una autoridad jurisdiccional así lo concluye, es decir, determina que un cierto acto o contrato es inexistente, por no poderse predicar de él los requisitos o elementos mínimos que se consideran esenciales para su nacimiento.

Existen regulaciones en la legislación mercantil que califican como ineficaces casos particulares, con efectos similares a los de la inexistencia, pero con diferencias conceptuales notorias¹⁰. A las glosas que el tema ha merecido se suma la circunstancia, a todas luces excepcional, de que ciertas autoridades administrativas puedan declararlas.

a) Inexistencia

Como dijimos, la inexistencia supone que no exista siquiera un principio de contrato, por faltar alguno de los elementos esenciales exigidos por la ley. Significaría, además, que el pretendido contrato o acto jurídico, en general, no puede producir efectos y que, como consecuencia, de haberse producido, la declaratoria de inexistencia llevarla a anularlos y retrotraer las cosas al estado anterior. Sin embargo, la debilidad de la figura conceptual se muestra aquí patente, por cuanto si se trata de un contrato de los llamados de tracto sucesivo, como el arrendamiento y ha transcurrido un tiempo de manera que el arrendatario ha gozado del bien y el arrendador recibido el precio o canon convenido, la declaratoria de inexistencia sólo puede producir efectos pro-futuro. Por este aspecto, se equipara en sus efectos a la nulidad absoluta y requiere, como ella, para que produzca verdaderos efectos, de una declaración judicial.

En general, la inexistencia surge de las siguientes tres causas: en primer término, la falta de voluntad o ausencia absoluta de consentimiento, bien porque no exista una voluntad consciente, ya porque se haya incurrido en un error sobre la naturaleza del contrato o la identidad misma del objeto. En segundo lugar, cuando se encuentre una ausencia de objeto por indeterminación o imposibilidad del mismo. Y por último, si existe un defecto de forma en los contratos solemnes o falta un elemento esencial del contrato.

b) Invalidez

La invalidez, a diferencia de la inexistencia, parte de la base de reconocer que el acto o contrato nace a la vida jurídica, pero afectado, en tal forma, que está condenado a desaparecer o, por lo menos, potencialmente puede ser destruido por una decisión judicial. Como decíamos, las formas principales de la invalidez son la nulidad, absoluta o relativa, y, para algunos autores, la rescisión.

10. Colombia. Tal ocurre, por ejemplo, con la adquisición de más del 10 % de las acciones de una entidad financiera, sin haber obtenido previamente la autorización de la Superintendencia Bancaria. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 88)

(i) Nulidad absoluta

La nulidad absoluta se caracteriza por descansar en un interés público, de manera que puede invocarse por cualquier persona interesada y, aun, ser declarada de oficio por el juez. En algunos sistemas, incluso, puede invocarse por cualquier tercero y por el ministerio público, en defensa del interés general.

La nulidad absoluta se produce, en general, por una o algunas de las siguientes circunstancias: desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, por predicarse de alguno de ellos la incapacidad absoluta en los términos que tuvimos ocasión de estudiarlo. También se presenta cuando el objeto o la causa son ilícitos o inmorales. Y, por último, cuando habiéndose llenado las solemnidades previstas, adolece, sin embargo, de algunos defectos, no tantos como para sustentar la inexistencia pero suficientes para invocar la nulidad o, en general, cuando existe una inadecuación del contrato a los principios generales de orden público y de buenas costumbres.

En principio las nulidades, aun las absolutas, pueden sanearse por ratificación o prescripción, salvo las originadas por objeto o causa ilícitos que no son ratificables. Dado el interés público ínsito en su concepción, su declaratoria puede ser pedida por cualquier persona y, desde luego, por el Ministerio Público y debe ser declarada de oficio por el Juez, de encontrarla acreditada en un proceso.

- Incapacidad

La incapacidad, excepción al principio general, es ante todo una institución jurídica enderezada a la protección y defensa de quienes, por carecer de ciertas facultades, no se encuentran habilitados para ejercitar por sí mismos los derechos ni contraer las obligaciones que les competen. Es, pues, una noción que surge por contraste, como lo dijimos, con la capacidad de ejercicio. Analicemos brevemente cuáles son los factores que originan, en general, la calificación de incapacidad o que permiten predicarla de un sujeto de derecho con la advertencia, apenas natural, de que como todas las materias que estamos viendo en estos principios generales, deben ser tratadas con una gran simpleza, en el sentido de que cada legislación consagra peculiaridades cuya precisión resultaría imposible hacer a la luz de la finalidad que nos hemos propuesto en esta parte del trabajo, salvo en el caso de Colombia en que haremos las precisiones correspondientes cuando a ello haya lugar. Para poder hacerlo es preciso recordar que la incapacidad se clasifica usualmente por la doctrina en incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Quienes se encuentran afectados por la primera están del todo imposibilitados para actuar válidamente, mientras que aquellos de

quienes se predica la segunda, tienen un principio de capacidad que, en todo caso, permite la convalidación por las partes una vez que hayan cesado las causas determinantes de la incapacidad. Las consecuencias que pueden predicarse, además, de los actos celebrados por incapaces absolutos o relativos, están sometidas a regímenes jurídicos diversos.

Las causas o circunstancias que permiten predicar de un sujeto la incapacidad absoluta son en general, las siguientes:

Edad. Las prescripciones legislativas sobre el particular toman en cuenta el desarrollo físico y mental de los individuos para estimar que, por lo menos, hasta una determinada edad, variable en cada país, las personas carecen del desarrollo mental suficiente que les permita expresar de una manera consciente su voluntad de obligarse. Son los menores impúberes a los cuales la ley no les confiere ni un principio de capacidad obligacional y que, por consiguiente, están calificados, en primer término, como incapaces absolutos.

Afección mental. Puede suceder que una persona haya superado la edad mínima a partir de la cual se le reconocería una plena capacidad negocial. Empero, si esa persona sufre de una dolencia mental que inhabilite su capacidad racional en términos que, desde el punto de vista científico, reiterado en la práctica por una decisión judicial, no se le considere en condiciones de poder expresar su voluntad válidamente, nos encontremos con otro caso de incapacidad absoluta que podría calificarse como aquella que es propia de los dementes, o sea, de quienes teniendo la edad física para poder obligarse en términos de la legislación general se encuentran síquicamente afectados de manera que la ley les priva de poder hacerlo válidamente.

Afecciones físicas o fisiológicas. Esta última causa se predica de algunas personas, concretamente y casi sin excepción en todas las legislaciones, de los sordomudos que no pudiendo darse a entender por escrito o en otra forma que permita inferir inequívocamente su voluntad en uno u otro sentido, son considerados por la ley como incapaces absolutos.

- Objeto o causa ilícitos

El objeto es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, como sería negociar con un derecho político, como el derecho al voto.

La causa ilícita puede coincidir en veces con el objeto ilícito. En efecto, para distinguirlos precisamente, puede concebirse un contrato cuyo objeto sea lícito, por ejemplo, dar en arrendamiento una casa de habitación, pero ser tomada para una finalidad prohibida por el orden

público o las buenas costumbres.

- Inobservancia de las formas

Si la ley ha impuesto una forma como requisito de existencia de una manifestación de voluntad, es natural concluir que su omisión conduce a la inexistencia del acto respectivo.

Pero puede ocurrir que las formas se cumplan parcialmente, dejándose por fuera, sin embargo, alguna de que penda la validez del negocio. En este evento el mismo quedará afectado de nulidad absoluta.

(ii) Nulidad relativa

La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, se encuentra vinculada a un interés privado más que público y, en general, es una medida de protección para ciertas personas que, por sus condiciones particulares de indefensión, pueden ser sorprendidas en una contratación. También, por contraste con la anterior sólo puede ser invocada por aquella parte a cuyo favor se ha consagrado, vale decir, la que se trata de proteger de una manera especial.

En principio la nulidad relativa surge, por lo que dice con el sujeto, cuando alguno de los intervinientes adolece de incapacidad relativa o, cuando existiendo consentimiento, este se encuentra viciado por error, violencia, o dolo.

Error

El error como vicio del consentimiento supone que uno de los contratantes se haya equivocado o ambos, incluso, respecto a uno de los elementos o presupuestos fundamentales del negocio, bien de hecho, ya de derecho. La mayor parte de las legislaciones tienden a restarle eficacia al error de derecho como vicio del consentimiento, partiendo de la máxima según la cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. No sucede así en todas ellas y la tendencia contemporánea suele inclinarse a crear algunas excepciones a este principio riguroso admitiendo que si la aplicación de la ley en el tiempo permite sustentar la presunción de que todos los individuos la conocen o pueden conocerla, lo cierto es que la complejidad de la vida contemporánea y la proliferación de leyes, decretos, reglamentos, circulares, etc., hace que, en la práctica, resulte casi imposible, aun para los mismos abogados, tener noticia e imponerse de la totalidad de normas vigentes en un momento dado. Si se descarta sin embargo, el error de derecho, tenemos que el error de hecho reviste tres posibilidades: el denominado error obstativo u obstáculo, cuya presencia excluye en rigor la verdadera expresión del consentimiento y conduce a la calificación del contrato como inexistente,

para los sistemas que aceptan esta posibilidad o deriva en una causal de nulidad absoluta. En segundo lugar, el verdadero error y vicio del consentimiento, que puede dar lugar a la acción de nulidad relativa y, finalmente, el llamado error indiferente, que en nada afecta la convención y que, por lo tanto, sólo tiene interés de presentación desde el punto de vista académico.

El error obstativo se presenta fundamentalmente en dos casos: cuando versa sobre la naturaleza misma del contrato, como cuando una persona cree entregar una suma de dinero a título de mutuo mientras la otra entiende recibirla a título de donación y luego, cuando recae sobre la identidad del objeto, como cuando el vendedor piensa enajenar una casa mientras el comprador cree adquirir un apartamento. En ambos casos es imposible hablar de consentimiento coincidente; por lo tanto, al no existir uno de los presupuestos fundamentales para la formación del contrato, casi es forzoso concluir que éste debe reputarse inexistente.

El error vicio o error propiamente dicho, se presenta en los siguientes supuestos: cuando recae sobre la sustancia o calidad sustancial que lleva a contratar, como cuando una persona entiende comprar las acciones de la Compañía Mercantil S.A. cuando realmente el vendedor se refiere a las acciones de otra compañía. Igualmente, cuando el error recae sobre la persona, lo que sucede ordinariamente en los llamados contratos "*intuitu personae*". Esto sucede habitualmente en los contratos gratuitos y, por excepción, en los contratos onerosos como cuando se contrata a un pianista para dar un recital, creyendo que se trata de un reputado intérprete, cuando simplemente se trata de un homónimo o alguien que no tiene las calidades y condiciones del primero. Y, desde luego, en los contratos bancarios, incluida la fiducia, por regla general.

En últimas, los errores indiferentes serán aquellos distintos a los anteriores o diferentes de los que la ley en cada país reputa como errores obstativos o vicios propiamente hablando y pueden ser, entre otros, los que se refieren a las cualidades no esenciales o algunas apreciaciones económicas en las cuales se equivoque uno de los contratantes o impliquen errores de cálculo, etc.

. Violencia

Una primera observación que debemos hacer sobre la violencia, como vicio del consentimiento, consiste en que algún sector de la doctrina ha distinguido, precisamente, entre fuerza y violencia, para reservar a la primera expresión la coacción física que sustituye y anula totalmente el consentimiento, como si alguien, sorprendido por un malhechor, fuese obligado a firmar, siéndole llevada la mano por el agresor o como cuando una persona, bajo los efectos de la hipnosis,

fuese obligada a grabar una cinta magnetofónica dando determinadas instrucciones no queridas por él. En estos casos, antes que vicio del consentimiento, debe sostenerse que existe una ausencia total de consentimiento. Cosa distinta ocurre con la violencia, propiamente dicha, en donde existe una amenaza o coacción moral o física que presiona sobre la voluntad, sin eliminarla. El sujeto actúa voluntariamente, pero como resultado de la indebida presión ejercida sobre él. Varios elementos o notas características distinguen a la violencia. Debe tratarse de una amenaza injusta lo que excluye, en primer lugar, el caso de la legítima defensa, en donde la conducta violenta, por así llamarla, se produce como consecuencia de una agresión inicial de quien, más tarde, va a pretender haber sido coaccionado en esta forma. Y se opone también la injusticia a la amenaza consistente, tan solo, en recordar la posibilidad de ejercitar contra el contratante una acción judicial que sería sustentable en derecho. Así mismo la violencia, para ser considerada como tal, debe ser grave, es decir, producir en el sujeto agredido un justo temor de sufrir un daño considerable en su persona, en su honor o en sus bienes, o en los de quienes le son más cercanos. Esta característica de gravedad se opone al llamado temor reverencial, que existe como consecuencia de ciertas relaciones afectivas, de familia, trabajo, etc. Es decir, que el simple temor que se tiene por algunas personas que merecen un particular respeto o afecto, no es suficiente para considerar que el consentimiento ha sido viciado, cuando se produce en un determinado sentido no querido por el contratante. Por último digamos, para distinguirla desde ahora del dolo, que la violencia puede ser fruto de la actitud del contratante o de un tercero y en ambos casos, llenados los requisitos mencionados anteriormente, se considera como vicio del consentimiento y, desde luego, somete el acto o contrato a la sanción de la nulidad relativa.

Dolo.

Se entiende por dolo la maniobra o conjunto de maniobras engañosas utilizadas para inducir a error a una persona o mantenerla en él, en forma determinante para contratar. Es decir, que en últimas, el contratante celebra el acuerdo por error, pero un error que en este caso es inducido por su contratante. Se distinguen, en consecuencia, en el dolo varios elementos entre los cuales: que existan maniobras fraudulentas, es decir, maquinaciones o engaños producidos con la intención de inducir a la otra parte a error y que dichas maniobras merezcan una reprobación común, observación que está enderezada a distinguir el llamado “*dolus malus*” del denominado “*dolus bonus*”. Este último es el conjunto de recursos, más o menos artificiosos, que utilizan las personas en el proceso de contratación, para destacar las virtudes de los bienes objeto del contrajo, minimizar sus defectos, maximizar el cálculo de los beneficios esperados, etc., pero sin que

resulten tan reprobables para la comunidad como para alcanzar la calificación de dolosas, en el sentido que acabamos de expresar. El dolo, además, a diferencia de la violencia, debe provenir de una de las partes, a menos, desde luego, que se trate de un tercero que pueda aparecer obrando en representación o por cuenta de una de ellas. Finalmente, las maniobras deben ser determinantes, para expresar en esta forma la diferencia entre el dolo principal y el llamado dolo incidental, es decir, aquel con el cual se hubiese contratado, pero en condiciones diferentes de las que realmente se hizo. En este caso, algunas legislaciones facultan apenas para obtener un reajuste en las condiciones contractuales, que se acomode a las reales circunstancias que fueron ocultadas al ser inducido el contratante a error.

Ciertas legislaciones incluyen como vicio del consentimiento la mala fe que, a diferencia del dolo, no estaría constituida por las maniobras tendientes a inducir a una parte a error sino, simplemente, a disimular o pretender ignorar el error de la otra parte una vez conocido, es decir, a prevalerse del error en el que se encuentra uno de ellos, una vez se ha tenido conocimiento de tal circunstancia.

Lesión

En general se entiende por lesión el perjuicio pecuniario que experimenta una de las partes como resultado de una desigualdad o desproporción en las prestaciones contractuales. La lesión puede considerarse como noción general aplicable a toda clase de contratos conmutativos o, apenas como posibilidad para algunos de ellos o para algunos otros actos jurídicos. También, en relación con ella, existen dos teorías principales, la de la lesión como vicio subjetivo y la de la lesión como vicio objetivo.

La lesión como vicio subjetivo se presenta cuando una de las partes, abusando de las condiciones de ignorancia, pobreza o inexperiencia de la otra, obtiene un resultado que se considera inequitativo, en consideración a las condiciones de indefensión de ésta última. Como vicio objetivo, en cambio, la lesión sólo se presenta en la medida en que exista una desproporción evidente, cuantificable, consagrada en la legislación, de manera que de una simple estimación o comparación matemática pueda concluirse la desigualdad prestacional.

Entre las causas o circunstancias que dan lugar a la denominada incapacidad relativa podemos citar los siguientes:

- Edad.

Como se deduce sin dificultad de lo que acabamos de exponer,

superado cierto nivel físico al cual se supone corresponde un desarrollo intelectual suficiente para tener un principio de conciencia reflexiva en relación con las determinaciones que se tomen, el individuo deja de ser considerado incapaz absoluto para reconocerse, en adelante, como incapaz relativo cuyos actos y contratos tienen un principio de validez, en ciertas circunstancias. Baste anotar que si bien las legislaciones pueden variar al respecto y de hecho lo hacen, en general esa edad suele situarse alrededor de los 12 ó 14 años, con la particularidad en nuestras legislaciones de establecerse, incluso, una pequeña diferencia entre la edad mínima para la mujer y la mínima para el hombre, con ventaja para aquella.

- Afección mental.

Bajo este acápite comprendemos, quizás con alguna imprecisión, el caso concreto del disipador, o sea, aquella persona que gozando en principio de plena capacidad, actúa en forma ilógica e irreflexiva en el manejo de sus recursos patrimoniales, dilapidándolos sin ninguna explicación racional y sin que tal conducta corresponda a la que habitualmente adoptan las personas de sano juicio. Bien que se califique entonces de una afección mental propiamente dicha, ya que no se trate exactamente de ella, lo cierto es que las legislaciones suelen considerar como incapaz relativo a quien actuando en esta forma ha sido declarado en interdicción, es decir, ha sido declarado judicialmente como dilapidador. Pero la incapacidad relativa de los dilapidadores, además, no se predica en todos sus actos o contratos sino que tiende a restringirse al campo de las actuaciones meramente patrimoniales, dejando por fuera otras decisiones como las que toquen con su estado familiar, es decir, su decisión de contraer matrimonio, el reconocimiento de un hijo natural, etc., posibilidades estas que también corresponden a los menores adultos así no lo hayamos dicho expresamente.

- Estado civil

Durante mucho tiempo, aun cuando este principio se ha revaluado categóricamente en los últimos años, hasta desaparecer prácticamente en las legislaciones inspiradas en el derecho europeo, la mujer casada, es decir, la mujer mayor de edad, plenamente capaz, que contraía matrimonio, sufría una especie de disminución en sus posibilidades jurídicas al quedar sometida dentro del régimen matrimonial a la potestad del marido, personal y patrimonialmente. Por consiguiente y en virtud de su nuevo estado civil, la mujer se encontraba sujeta a una incapacidad relativa que tiende hoy a desaparecer en todos los países, devolviéndole a la mujer casada su plena capacidad de ejercicio.

- Personalidad jurídica.

Aun cuando para buena parte de la doctrina esta forma de enfocar el problema resulta equivocada, debemos traerla a cuento por corresponder a la doctrina clásica sobre la incapacidad, para afirmar que a la misma incapacidad relativa que venimos mencionando se encontraban o encuentran sujetas las personas jurídicas. Afirmación de la doctrina tradicional que se sustenta, además, en la necesidad de estas personas de tener que actuar, como todos lo incapaces, a través de representantes, ante la imposibilidad de hacerlo directamente. Sin embargo, la crítica fundamental ha partido de la base de que las personas jurídicas no pueden actuar directamente, no porque estén afectadas propiamente de una incapacidad, sino porque las distintas teorías sobre su naturaleza jurídica llevan a reconocer que su estructura orgánica es forzosamente distinta de la de una persona natural y en ese orden de ideas, es necesario que las sociedades, y las personas jurídicas en general, tengan que actuar a través de órganos, entre los cuales uno, específicamente, que desempeñe las funciones de representante legal de las mismas, autorizado para comprometerlas frente a terceros.

A lo anterior sólo basta agregar que, por regla general, los incapaces relativos están en condiciones de celebrar ciertos actos y contratos, requiriendo tan solo la ratificación de su representante legal para dotarlos de plena validez y que, cuando la incapacidad proviene de la edad, es posible, prácticamente sin excepción en todas las legislaciones, obtener la habilitación de la misma, en algunas hipótesis previstas por la ley como cuando un menor adulto, mayor de cierta edad, contrae matrimonio o como resultado de un proceso judicial enderezado a obtener dicha declaración. En estos casos pueden celebrar todos los actos y contratos, con algunas restricciones consagradas en la ley.

Es también interesante anotar para nuestro estudio que, en materia comercial, se aplican en principio todas las disposiciones de la legislación civil sobre capacidad y que la tendencia contemporánea, más bien, es ampliar las posibilidades de los incapaces relativos en el caso, por ejemplo, de que estén habilitados de edad o que se trate de la administración de los bienes que conforman su peculio profesional, es decir, que resultan de su actividad laboral o de la explotación de una industria o comercio, casos en los cuales y en relación con estos bienes se les reputa, o por lo menos es la tendencia, como plenamente capaces.

En general, puede decirse que el contrato invalidado no genera derecho a la ejecución ni a la indemnización de daños y perjuicios y que, en lo posible, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su celebración.

(iii) Inhabilidades

La ley consagra también algunas inhabilidades que llama, a veces, incapacidades particulares y que no están ya enderezadas a tutelar el orden público o el interés general, como la incapacidad absoluta, ni a proteger algunas personas específicamente, como sucede con la incapacidad relativa, sino más bien a prohibir la actuación de personas, de suyo capaces, en relación con ciertos actos y contratos. Es lo que sucede, por ejemplo, con la prohibición de algunas legislaciones de celebrar compraventas entre padres e hijos de familia, es decir, hijos no emancipados, que, por consiguiente, están representados por aquellos o lo que sucede en el campo del Derecho Comercial, cuando se prohíbe el ejercicio del comercio a una persona que haya sido declarada en quiebra fraudulenta o culposa.

(iv) Rescisión

Algunos autores estudian la rescisión como una forma particular de la ineficacia contractual, para expresar con ella la invalidez proveniente de un vicio del objeto que produce una lesión a alguna de las partes y que, en ese sentido, se vincularía a la teoría de la lesión enorme, que ya vimos, o a los vicios redhibitorios u ocultos de la cosa en un contrato como el de compraventa, que de haber sido conocidos por el comprador lo habrían llevado a abstenerse de contratar.

3. Condiciones generales y contratos de adhesión ¹¹

3.1. Los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión surgen como excepción a aquellos que siguen el principio general según el cual la concurrencia de voluntades enderezada a producir ciertos efectos jurídicos entre las partes, debe permitir una amplia discusión y un detenido análisis de los términos, cláusulas y consecuencias del acuerdo que va a celebrarse. Esto ocurrirá, a su turno, con la mayor parte de los contratos bancarios, en general y con los fiduciarios, en particular, pues dada la amplitud con que pueden definirse sus términos en virtud de la forma ilimitada en que cabe combinar bienes y finalidades legítimas, hemos sostenido

11. Para este apartado debe consultarse además: Legislación:

· Circular Básica Jurídica: Título V, Capítulo primero, numerales 1.2-1.6.

· Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España. Editorial Civitas, Madrid 1992. Pág. 901- 945. (Físico)

por años que los contratos fiduciarios “son trajes hechos a la medida”. Sin embargo ello no siempre es así en el mundo de los negocios y, en la práctica, son numerosos los casos en los cuales los individuos concurren a contratar y se encuentran con modelos o condiciones generales preestablecidas por su contratante y en relación con las cuales no cabe más acción que aceptarlas “*in integrum*” o descartar el contrato.

3.2. Las condiciones generales de contratación

Debe reconocerse que las exigencias de la vida moderna y, en especial, las de la prestación en masa de los servicios, imponen, casi forzosamente, la necesidad para quien ofrece el servicio masivo de preelaborar un modelo contractual y someterlo así a la consideración de sus potenciales clientes, al menos como esquema primario de referencia para discutir. Dada la multiplicidad de relaciones que se perfeccionan o surgen todos los días no sería posible, en la práctica, discutir con cada uno de los interesados las distintas circunstancias o particularidades que puedan corresponder a un contrato determinado.¹² Igual ocurre, por ejemplo, con los servicios públicos, bien que ellos sean prestados directamente por el Estado o por los particulares. En ambos supuestos incluso, numerosas son las ocasiones en las cuales el Estado interviene para aprobar los modelos o condiciones generales establecidos por la empresa o entidad respectiva. Desde este punto de vista, pues, se trata de un imperativo de la época y de una consecuencia natural de la prestación de cierta clase de servicios. Sin embargo, y en la medida en que la intervención estatal haya sido menos vigorosa, la jurisprudencia suele mirar con alguna desconfianza la existencia de los contratos por adhesión, especialmente, en cuanto a través de las cláusulas preestablecidas se consagren posiciones de privilegio injustificado para quien elaboró el contrato, que resulten inequitativas para quien lo aceptó. Cumple allí el juez una función reguladora en donde, casi que juzgando en equidad, tiende a defender a la parte que se supone más débil, o sea, aquella que tuvo que someterse forzosamente al modelo presentado.

12. RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando en su ensayo “La contratación bancaria y la protección de los consumidores” cita a Federico DE CASTRO para decir que las condiciones generales pueden definirse como “los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar” p. 903 La ley española 7 de 1998, sobre condiciones generales de contratación, dice que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por alguna de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Y agrega, “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión” (Artículo 1)

Diferentes mecanismos suelen mencionarse para proteger a una parte de la cláusula abusiva impuesta por la otra. En primer término la tradicional decisión judicial, lamentablemente tardía, pues nuestra justicia es lenta e ineficaz por su poca capacidad ejemplarizante, pues suele circunscribirse al conflicto concreto sometido al conocimiento del juez que afecta, por lo tanto y en forma exclusiva a las partes en disputa. Pero que, en todo caso, a lo largo de los años y por vía de la doctrina y la jurisprudencia va constituyéndose en precedente, más o menos obligatorio según los sistemas. Desde luego, la eficacia del pronunciamiento judicial se transforma y tiende a volverse plena cuando, como sucede en la ley española, tratándose del contrato de seguros, “declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus contratos”¹³.

13. Ley 50 de 1980, artículo 3, parágrafo 3

35

suelen adoptar este tipo de provisiones.¹⁵

Por último, hay legislaciones donde el reglamento general debe ser depositado en una especie de registro público de comercio que habilita a cualquier organización gremial o de consumidores a “demandar” una o más cláusulas por considerar que son abusivas. De ser fundada la reclamación, para la autoridad administrativa que estudia el reclamo, esta conminará a la entidad depositante del reglamento a retirarla de su texto, so pena de incurrir en sanciones. De nuevo habría que decir que la capacidad disuasiva de un pronunciamiento de este tipo es evidente.

Conviene plantear el problema de orden práctico que surge cuando por virtud de una modificación en la ley o de la simple iniciativa de las instituciones, resulta necesario modificar los reglamentos y se impone, por ende, la obligación de reformar los contratos celebrados con todos y cada uno de los clientes. Ante la imposibilidad, casi física, que en los grandes bancos o en las sociedades fiduciarias significaría el intentar una modificación por vía individual, de los contratos adhesivos o de utilización masiva, el camino utilizado consiste, generalmente, en dotar de publicidad suficiente el proyecto de la reforma que se pretende introducir al reglamento, enviándolo, si se quiere, con los extractos mensuales de la cuenta corriente a todos los clientes, o con la periódica rendición de cuentas si no existe o no cabe la prestación del servicio de cuentas de chequeras, de manera que puedan imponerse de su contenido; fijándoles una fecha límite a partir de la cual entrará la reforma en vigencia y señalando que si antes de esa fecha no se ha recibido manifestación en contrario, se tendrá por aceptada la reforma propuesta. Pues bien, algunos doctrinantes, en forma un tanto ligera, critican este procedimiento por considerar que el silencio del destinatario no es suficiente para tenerse como aceptación y que, por consiguiente, la vía utilizada es inadecuada. Olvidan sin embargo que, así como el silencio puro y simple no ha sido considerado, en general, suficiente para presumir la aceptación, existe lo que la doctrina ha calificado como silencio circunstanciado, vale decir, silencio que dadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la oferta, permiten concluir, sin

cumplirse desde el momento en que obligan a sus destinatarios. Es así como al introducirse por una norma una limitante en el desarrollo de la actividad financiera, la Superintendencia Bancaria se halla expresamente facultada para ordenar que cualquier institución financiera se abstenga de efectuar operaciones en contravención a dicha norma. Así las cosas, la orden de suspensión del cobro de las cuotas de manejo, no se profirió por parte de la demandada en ejercicio de la facultad de revocatoria directa de sus actos administrativos, sino con base en sus funciones preventivas expresamente asignada por el legislador”. (Extracto de la sentencia de agosto de 1995, Magistrado ponente, Delio Gómez Leiva)

¹⁵ España. Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios. (Ley 26 de 1984) artículo 10

muchas sutilezas, una conformidad que, en todo caso, si no es expresa, si será suficiente para ser estimada como aceptación tácita. Desde luego y desde el punto de vista práctico, a fin de fortalecer la eficacia de la previsión, es altamente conveniente incluir en el reglamento la previsión de que ese es el procedimiento establecido para introducir las eventuales modificaciones en el futuro, evidenciando así el conocimiento y la aceptación del cliente que, incluso podía ser objeto de cláusula especial y destacada. A lo que podría agregarse, para defender el procedimiento, que en cuanto los clientes, luego de la notificación sobre la reforma, continúen utilizando los servicios, nos hallaremos frente a una aceptación tácita indiscutible.

3.4. El tema en El Salvador

La protección al consumidor resulta tema de la más absoluta actualidad pues apenas el 31 de agosto del presente año, se promulgó la ley, mediante Decreto 776 de la Asamblea Legislativa de la República.

En el desarrollo del curso hubo oportunidad de evocar numerosas hipótesis de aplicación de la norma o de dudas o conflictos académicos surgidos en torno a su aplicación, incluyendo la obligación de los bancos de aceptar prepagos sin sanción, como regla general, (art. 19, m); suministrar copias de los reglamentos generales de contratación y de los formularios impresos utilizados, (art. 22); creación de la defensoría del consumidor, (art. 56) y del Tribunal sancionador (art.79); y aparente inaplicabilidad de las normas generales sobre mediación, conciliación y arbitraje, cuando se trate de materias relacionadas con los consumidores, para citar los mas importantes.

4. Los agentes financieros¹⁶

Para que el sistema funcione, es preciso que en él participen una serie de agentes autorizados, en virtud de la aplicación de un principio ya secular en el derecho bancario latinoamericano, que atribuye al Estado un particular capacidad regulatoria frente a quienes captan, manejan o invierten recursos provenientes del ahorro comunitario.

La expresión intermediarios financieros puede tenerse como sinónimo de intermediarios bancarios, si la expresión banco se toma en un sentido amplio, o puede comprender tanto los bancos como otros

16. Para este apartado debe consultarse además:

Legislación:

• EOSF: Artículos 1-6, 11, 8, 24, 27, 29, 30, 33, 36, 38.

• Resolución 400 de 1995, Superintendencia de Valores: Capítulo II.

Doctrina:

• RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 139-147.

intermediarios diferentes, si la palabra bancos se toma en un sentido restringido.

Para los efectos de nuestro trabajo podemos decir que los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica. Si bien el estudio de los bancos y las operaciones bancarias suele sustentarse en las operaciones de crédito que ellos celebran, es decir, en su función intermediadora como captadores y colocadores de recursos, queremos insistir en que ellos no son nada distinto del producto de una economía monetizada que precisa de agentes idóneos para manejar la moneda y que, en consecuencia, como sus administradores, y por esa sola circunstancia, están en condiciones de realizar las operaciones de crédito que se derivan de la mayor o menor disponibilidad de los dineros en su poder.

Un estudio sistemático y claro de los intermediarios financieros, partiendo de los bancos, implicaría el empleo de un método elemental consistente en analizar en qué forma participa cada uno de ellos en la captación y colocación de recursos y qué instrumentos típicos y privativos utiliza para realizar esta intermediación.¹⁷

Ahora bien, no puede olvidarse que a nivel global la tendencia ha sido moverse hacia el modelo de banca múltiple alemán, en buena medida como resultado de la erosión de la base de depósitos, en cuanto los ahorradores se han sofisticado y han optado por orientar sus flujos hacia inversiones más rentables. Por ello los bancos han encontrado necesario prestar toda clase de servicios financieros, bien a través de un esquema de banca universal o polifuncional, ya a través de grupos con la presencia de filiales especializadas en la prestación de nuevos servicios. Lo cierto es que en la actualidad, a más de su función tradicional intermediadora, operan en los mercados de divisas, de valores, de derivados, de seguros y otros. Tal realidad ha obligado a los sistemas legales a redefinir la actividad para someter a quienes la realizan al régimen legal propio y a los controles administrativos que del mismo se derivan.¹⁸

17. Colombia. Tiene como establecimientos crediticios a los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y crédito – hoy prácticamente desaparecidas- y las compañías de financiamiento comercial, si bien deberían agregarse los intermediarios del sector cooperativo. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -E.O.S.F.- artículo 1º.) Ecuador. Señala como instituciones financieras privadas a bancos, sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y cooperativas de ahorro y crédito, que realizan intermediación financiera con el público. (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Codificación RO/250 de 23 de enero del 2.001)

Por lo demás, en un sentido amplio el estudio de los intermediarios financieros comprendería, por ejemplo, a las compañías de seguros las cuales captan recursos en el mercado y los colocan a través de operaciones de inversión bien delimitadas por la ley, o a las sociedades de capitalización que algunos países reconocen como bancos de capitalización e, incluso, las entidades parafinancieras llamadas en ciertos países auxiliares del crédito, como las bolsas de valores, que si no son en realidad intermediarios, en el sentido que capten y coloquen recursos directamente, sí lo son entre los detentadores de títulos y los de capital. Igual sucedería con los almacenes generales de depósito los cuales, a través de los títulos típicos que emiten, el certificado de depósito y el bono de prenda, se constituyen en promotores indirectos del crédito y de la movilización de los activos depositados en sus bodegas.

En el caso del mercado de valores suelen participar y estar controlados por el Estado, las Bolsas de valores, las bolsa agropecuarias y de productos, sus miembros y sus comisionistas, los emisores de valores, las sociedades calificadoras de valores, las sociedades especializadas en la compensación de las operaciones, las sociedades administradoras de fondos de valores y de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las sociedades titularizadas y los fondos de garantía que se constituyan en el marco del mercado, para citar las mas importantes.¹⁹

18. La doctrina anglosajona distingue entre dos criterios: el denominado *list approach* que consiste en establecer un listado de actividades propias que como tales suelen ser exhaustivas y el llamado *formulary approach*, que supone una definición genérica de la actividad, dentro de la cual caben todas las posibilidades subsumibles en ella. En el primer esquema se encuentran los Estados Unidos (National Bank act) y Alemania. En el segundo, países como Inglaterra y, en general, la Unión Europea. El esquema adoptado por el Reino Unido le da especial importancia a la captación de recursos del público (Sección 3 del UK Banking Act) como la legislación colombiana que prohíbe y sanciona severamente la captación masiva y habitual sin autorización . (D. 1.981/88). La Unión Europea ha acogido como esenciales a la actividad bancaria dos elementos: tomar depósitos del público y colocarlos a través de préstamos dados por cuenta propia (Artículo 1 de las Primera y Segunda Directivas) Así por ejemplo, bajo la última, entidades que se dedican profesionalmente a prestar dinero pero no captan del público, son consideradas " instituciones financieras" pero no bancos. El tema no es sencillo y requiere precisiones. Por ejemplo una entidad cooperativa que solo capte de sus cooperados ¿podría considerarse que no capta del público y escaparse de la definición? ¿Podría ocurrir otro tanto, para quien captara del público pero no realizara préstamos sino se dedicara a invertir en valores? El punto es de evidente importancia pues no solo busca tener claridad sobre los destinatarios de la legislación bancaria sino, principalmente, evitar que los ahorradores terminen defraudados por intermediarios no autorizados. CRANSTON, Ross. Op. cit. ps. 3 y ss.

19. Colombia. Ver reciente Ley 964 de 2005

5. La protección del usuario de los servicios financieros ²⁰

De alguna manera el tema acaba de verse en el punto 3, por lo que nos limitaremos a complementarlo con algunas reflexiones adicionales. Salvo que, como en el caso español, citado a manera de ejemplo, exista una norma expresa de protección al consumidor, su defensa resulta de la existencia de normas generales o de algunas particulares de menor entidad pero idéntico propósito, como ocurriría con la figura del defensor del cliente. E.O.S.F. ²¹

La eficacia de este último mecanismo está íntimamente ligada con el grado de obligatoriedad que generen sus decisiones, es decir, su efecto vinculante frente al banco.

Una vía natural y efectiva surge de la asignación a las autoridades de supervisión de facultades sancionatorias cuando los

20. Para este apartado debe consultarse además:

Legislación:

- EOSF: Artículo 146 # 4, artículo 46, artículo 98 # 4, artículo 97.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo sexto; Título III, Capítulo octavo; Título V, Capítulo primero, numeral 8; Título V, Capítulo Primero, numerales 1.1-1.7.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

Doctrina:

- BENELBAZ, Héctor A. Sistema bancario moderno. Tomo II. Ediciones Desalma Buenos Aires. Pág. 527-536. (Físico)
- BARBIER, Eduardo Antonio. Contratación bancaria, Tomo I –Consumidores y usuarios- Editorial Astrea, Buenos Aires 2002. Pág. 9-123. (Físico)
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España. Editorial Civitas, Madrid 1992. Pág. 945-963. (Físico)

Legislación:

- EOSF: Artículo 146 # 4, artículo 46, artículo 98 # 4, artículo 97.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo sexto; Título III, Capítulo octavo; Título V, Capítulo primero, numeral 8; Título V, Capítulo Primero, numerales 1.1-1.7.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

21. 4.2 Defensor del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán contar con un defensor del cliente, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios. - El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.- Dentro de los parámetros establecidos en este numeral el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general señalará las reglas a las cuales deberá sujetarse la actividad del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.- Corresponderá a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigiladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas." (Artículo 98)

vigilados incumplan normas legales y en estas se incluyan disposiciones que expresa o implícitamente protegen al consumidor o usuario, como se establece en Colombia tanto para la Superintendencia Bancaria,²² como para la de Valores que, por cierto, se fusionarán a partir del 1 de enero de 2006.²³

22. E.O.S.F. 4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones." (artículo 98)
Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

23. Ley 964/2005. Un ejemplo concreto sería el del artículo 40. "PROTECCIÓN DE ACCIONISTAS. Cuando un número plural de accionistas que represente, cuando menos, el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas presente propuestas a las juntas directivas de las sociedades inscritas, dichos órganos deberán considerarlas y responderlas por escrito a quienes las hayan formulado, indicando claramente las razones que motivaron las decisiones."

CASO PRACTICO DEL MODULO I

CERTIFICADO DE DEPOSITO A TERMINO O A PLAZO

Las disposiciones legales de un país establecen lo siguiente:
“Se denominan depósitos a término aquellos en que se haya estipulado, a favor del banco, un preaviso o un término para exigir su restitución.”
“Los certificados de depósito a término que no se rediman a su vencimiento, se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado”.

Se emite por un banco un CDT por valor de US \$ 1.000.000 a un año, con una tasa de interés del 14% efectivo anual.

Durante el curso del año se modifican substancialmente las tasas de captación en el país y el banco reajusta las tasas para depósitos de ese valor y plazo al 8% efectivo anual.

El tenedor del certificado opta por no presentarse a cobrarlo al vencimiento, para ampararse en la norma que se lo prorroga por un año más, a la misma tasa elevada de interés de que gozaba, superior en 6 puntos a la que podía obtener en el mercado.

Usted es el abogado del banco y le preguntan:

- a) ¿Qué podría hacer frente al caso concreto que se presenta?
 - b) ¿Qué recomendaría hacer en el reglamento general de contratación de certificados de depósito a término, para cubrirse de este riesgo en el futuro?
- Indique en ambos casos cuál sería el fundamento lógico jurídico de su recomendación.
- c) Redacte la cláusula que refleja su recomendación para la segunda pregunta (b)

24. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Título Tercero –De los Títulos Valores- Capítulo V. Art. 822.

Doctrina:

· Comité de Sistemas de Pago y Liquidación - La función del dinero del banco central en los sistemas de pago (*extracto*). Agosto de 2003.

· HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 143-162. (Físico).

4

4

4

4

4

4

4

4

4

con servicios y mecanismos equivalentes para liquidar sus posiciones, los cuales son proveídos, al menos en buena parte, por el Banco Central.

1.3. Los servicios del Banco Central

Más allá de su aporte fundamental a la estabilidad de la moneda y, por esa vía, a la de la economía de un país, el Banco Central brinda dos “productos” concretos: el dinero o papel moneda, cuya emisión constituye, de ordinario, un privilegio que se le reserva y las cuentas corrientes para las entidades financieras, el gobierno y ciertos organismos multilaterales. El primero se lo aporta a la economía, vista como un todo. El segundo suele restringirse a los bancos comerciales, como agentes financieros que tienen el privilegio, a su turno, de manejar cuentas corrientes.

1.4. Relaciones de los bancos con el Banco Central ²⁵

Dentro del amplio concepto de Banca Central pueden distinguirse dos grupos de funciones en forma relativamente nítida. Uno que dice con las facultades que le han sido asignadas cuando desempeña el papel de suprema autoridad monetaria. La solución es diversa en los distintos países, pero puede consistir en un ejercicio directo de dichas facultades, por parte de la junta directiva de la institución o, en otros casos, en la descomposición de esa junta de manera que exista un comité especializado que actúe como autoridad monetaria y que tenga la potestad para dictar las normas correspondientes o en fin, que exista una autoridad independiente del Banco Central que ejercite esas funciones desde el punto de vista monetario pero que, de todas formas, en la práctica, estará íntimamente ligada con aquél. El otro aspecto toca con las distintas funciones que se le asignan, ya no digámoslo, como autoridad monetaria, sino como Banco Central en el sentido de ser banco de bancos y banquero del gobierno. Hagamos un rápido repaso de unas y otras.

a) Dictar normas en materia de moneda, crédito, cambios y comercio exterior.

Estas funciones, que como acabamos de decirlo, pueden o no ser ejercidas directamente por un Banco Central, pero que corresponden en todo caso a la idea y noción de banca central, se explican ante la dificultad con que la ley puede reglar situaciones cambiantes y dinámicas,

²⁵ Colombia. La autonomía del Banco de la República, como banco central, tiene rango Constitucional, si bien sus facultades están consagradas en la ley dictada por mandato de la misma Carta y deben ser ejercidas de manera armónica con las de otras autoridades, con el fin de buscar de consuno la obtención de los altos fines del Estado que les corresponden. (Corte Constitucional. Sentencias C-021/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-481/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

cuya regulación debe adecuarse a las nuevas circunstancias en forma expedita, si no automática, si se quiere obtener un resultado eficiente. En otras palabras, que dados los mecanismos tradicionales que deben emplearse para expedir la ley por el legislador ordinario, es casi imposible que la misma pueda ajustarse en la forma ágil que las circunstancias económicas requieren, en especial porque en estas materias de moneda, cambios o comercio exterior, ellas suelen presentarse sin previo aviso y ante una reacción retardada o inadecuada, se tienen que asumir, por lo general, consecuencias gravosas para los países y los sistemas bancarios.

Las funciones principales en este aspecto dicen en verdad con las materias de moneda y crédito y dentro de ellas pueden enumerarse, a manera de ejemplo, el señalamiento de cupos de crédito que puedan ser utilizados por los bancos, la fijación de tasas de interés, tanto para estas operaciones como para las de descuento o las mismas operaciones activas de los bancos; el señalamiento de encajes o de reservas que deben mantener los bancos respecto a los pasivos captados; el establecimiento de inversiones forzosas o la obligatoriedad de colocar determinados porcentajes de los recursos en cierto tipo de préstamos que corresponden a la atención de sectores prioritarios, en el sentir de las autoridades; el establecimiento de relaciones porcentuales entre el capital y la reserva y el total de los pasivos que pueden contraer las entidades; la fijación de toques o porcentajes periódicos de crecimiento para ciertos rubros del balance, etc. Como se ve, todas estas disposiciones son eminentemente técnicas y su movilidad deber ser axiomática ante la imposibilidad de contar con condiciones económicas estables que garanticen la permanencia más o menos larga de las mismas. Cabe también que la banca central tenga asignadas facultades en materia de cambios y comercio exterior, especialmente en los países en que no existe libertad cambiaria o esta se encuentra restringida y, por consiguiente, se requiere regular toda una serie de aspectos, tales como el endeudamiento en moneda extranjera; las tasas de interés de las operaciones internacionales; las oportunidades y plazos de reembolso, los depósitos que deban constituirse para verificar importaciones; la forma como deben reembolsarse los productos de las exportaciones; la contabilización de las reservas internacionales, etc.

b) Emitir la moneda.

Hemos dicho también que en la actualidad, y casi sin excepción, la emisión de la moneda es función reservada en forma privativa al Estado y asignada por lo general al Banco Central que, como consecuencia, es banco emisor. Sin embargo, para evitar los abusos de antaño y los desajustes producidos por ellos, la ley establece limitaciones severas sobre la causa eficiente y única permisible para la emisión de

dichas especies monetarias, estableciendo, que los billetes sólo pueden ser emitidos por adquisición de oro, si este es el patrón monetario del ordenado que la emisión se ajuste a los más serios postulados de técnica y seriedad, únicos que pueden asegurar la estabilidad de la moneda y, por ende, la del país.

El tema es esencialmente distinto, como sucede en El Salvador, cuando se ha renunciado a la emisión de la moneda para utilizar una divisa como propia, en este caso el dólar de los Estados Unidos de América, pero es válido y de recibo en los demás aspectos.

c) Ser Banco de los Bancos.

Con esta expresión quiere indicarse que el Banco Central proporciona de ordinario a los bancos comerciales casi la totalidad de los servicios que éstos, a su turno, prestan a sus clientes. Puede ser depositario de sus recursos, prestamista y descontador, realizar transferencias en su nombre, hacer pagos a terceros, mantener depósitos en custodia o encargos fiduciarios, etc. Pero, además, ofrece por lo general un servicio muy importante, consistente en ser cámara de compensación para las operaciones interbancarias y, por consiguiente, liquidador de las cuentas recíprocas, especialmente de las que derivan de la remisión hecha por unos a otros de cheques a su cargo.

d) Ser banquero del gobierno y agente fiscal suyo.

Así como presta servicios a los bancos comerciales lo hace también con el gobierno, en todas las posibilidades que hemos contemplado, de la cual la más importante es ser su prestamista, en lo que hace relación con las operaciones típicamente bancarias. Ahora bien, para conciliar este aspecto con el de la emisión de moneda, existen también rígidas disposiciones tendientes a evitar un endeudamiento excesivo por parte del gobierno. Para ello se aplica usualmente un principio, según el cual las sumas prestadas al gobierno deben corresponder o satisfacer, de manera exclusiva, necesidades transitorias de tesorería, guardando una relación directa con los ingresos corrientes del Estado y constituyendo tan sólo un avance en relación con ingresos que, habiéndose causado, no han sido aún percibidos por la tesorería o por la entidad correspondiente se agregan, como es obvio, requisitos de forma sobre la utilización de documentos de deuda, que deben ser suscritos en la forma prevista por la ley.

Además, el Banco Central actúa como agente fiscal del gobierno, sobre todo para la colocación de títulos de deuda emitidos por éste, los cuales a veces garantiza y atiende fiduciariamente, encargándose de su amortización, del pago de los intereses, etc.

e) Ser depositario de las reservas.

Facultad que parece lógica y explicable es la de conservar las reservas del país, bien en forma física, manteniéndolas en sus arcas, ya invirtiéndolas en terceros países o en obligaciones emitidas por éstos, de manera que las mismas produzcan una adecuada rentabilidad. El manejo de las reservas suele correr parejo con la administración de los recursos que cada uno de los países tiene en organismos internacionales de crédito, de los cuales deben ser socios según sus estatutos. Así mismo, esta función comprende casi siempre el manejo de los convenios de pago y de compensación, suscritos entre el país de que se trate y otros países.

2. La compensación interbancaria ²⁷

2.1. Los depósitos en cheques

La disponibilidad, por parte del titular, de las sumas correspondientes a consignaciones en cheques depende, ante todo, de la persona del librado pues pueden depositarse cheques a cargo del mismo banco o de otros situados en la misma plaza o en plaza distinta del país o aún en el exterior. No es difícil imaginar que los librados sobre el mismo establecimiento, en cuanto el banco puede proceder de inmediato a verificar si existen fondos disponibles, facultan al cliente, en forma casi automática, para librar cheques o hacer retiros contra los fondos respectivos.

Distinta cosa ocurre con cheques librados a cargo de otro banco, sobre el particular, las legislaciones suelen sentar el principio de que los cheques se reciben en consignación "salvo buen cobro" lo que significa que, aun cuando contablemente se abonen en cuenta, sólo podrá disponerse de la suma correspondiente si ellos son descargados por el banco librado. Si se trata de un banco del mismo país y en la

27. Para este apartado consultar además: Legislación:

- Ley 31 de 1992: Artículo 23.
- Decreto 1207 de 1996:
- Circular Básica Jurídica: Título III, Capítulo primero, numeral 4.
- Circular Reglamentaria externa – DSEP – 153. Sistema de Compensación Electrónica de Cheques y de otros instrumentos de pago –CEDEC–.
- Código De Comercio: Art.719.
- 21th. Century Act. Estados Unidos

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios*. Pág. 343-346,
- Concepto No. 1999023217-2. Mayo 6 de 1999. Intendente de la Delegatura para intermediación financiera. (Físico)
- Comentarios y resumen del articulado de la 21th. Century Act elaborado por los miembros de Rodríguez Azuero Asociados.

medida en que exista el mecanismo, el cheque será enviado a la cámara de compensación de la plaza girada, y la posibilidad de disponer de los fondos dependerá de un plazo fluctuante, según el tiempo que se requiera para confirmar el pago del instrumento,

Parece interesante destacar la condición en que actúa el banco depositario en estos supuestos, Recuérdese que el cheque debe ser presentado en tiempo para su pago y que, en consecuencia, el banco actúa como un comisionado para el cobro, esto es, que el endoso estampado por el depositante, cliente del banco intermediario, debe considerarse como un endoso restrictivo, que faculta al banco para presentarlo al librado para su pago y cobrarlo. Salvo excepciones, en las cuales los interesados deberían estipular lo contrario, el banco actúa no como propietario de los instrumentos sino como simple tenedor al cobro.²⁸

En otras palabras, el negocio del banco no consiste en adquirir cheques y correr los riesgos propios de la eventual insolvencia del deudor, sino en prestar el servicio a su clientela consistente en utilizar su estructura y la propia del sistema bancario, en particular, la de la cámara de compensación, para presentarlos al cobro a los librados. Por consiguiente, el titular de la cuenta no puede disponer de los saldos sino cuando se produzca la confirmación del pago o después de un determinado plazo previamente establecido por el banco, dentro del cual considera que ha podido obtener la confirmación o infirmación de la orden.

Aun en casos excepcionales en los cuales por negociar el instrumento, es decir, por recibirlo en propiedad, el banco faculta a su cliente para disponer de inmediato de la suma, la doctrina se muestra vacilante. Hay quienes sostienen que jamás el banco adquiere los cheques y que en este supuesto lo único que hace es concederle un crédito al cliente sobre el título, que continuaría siendo de propiedad de este último y en relación con el cual los riesgos serían a su cargo, se trataría entonces de que, por regla general, el cliente no puede disponer del cheque hasta que no se confirme su cobro y que, sólo por excepción, puede hacerlo ante el anticipo verificado por el banco con la garantía del mismo título, pero en ambos supuestos conservando el cliente la propiedad del instrumento y actuando su banco como un simple mandatario para el cobro.

En cualquier forma es evidente que si el banco no adquiere la propiedad del título o se aplica el principio de "salvo buen cobro", en

28. Colombia. "Todo cheque consignado de entiende 'salvo buen cobro', a menos que exista estipulación en contrario." (Art. 1383 Código de Comercio)

caso de no pago del cheque el banco está autorizado para debitar la suma correspondiente y aun para ejercer las acciones judiciales que cupiesen contra las distintas partes intervinientes en el título.

2.2. La cámara de compensación

El mecanismo es bien conocido y ha consistido, en síntesis, en que los cheques recibidos por un cierto banco a cargo de otros, en lugar de presentarse para su pago directamente a éstos, sean enviados a la cámara de compensación en donde se lleva una cuenta de cada uno de los bancos con sus congéneres. Allí, a su turno, se han recibido los cheques de los demás bancos contra el banco de nuestro ejemplo, de tal forma que se producen los asientos contables y las compensaciones correspondientes de manera que tan sólo el saldo final que resulte a favor de este banco o en su contra, se abona o carga en cuenta. Y así, desde luego, con todos los demás. En esta forma no sólo se opera con una enorme agilidad, sino con una eficiente economía de tiempos y movimientos, que permite determinar rápidamente los saldos de cada una de las entidades en el Banco Central, como resultado de la transacción de la cámara de compensación. La operación que, por ejemplo, se ha hecho en la noche o en varias etapas durante el día, se reversa, por así decir, en la mañana siguiente, con los cheques que hayan sido devueltos por los bancos librados por defectos de fondo, inexistencia de fondos, etc., caso en el cual se vuelven a cruzar las partidas resultantes de las devoluciones y se hacen los ajustes correspondientes en los saldos.

2.3. La compensación electrónica

Este tradicional procedimiento ha venido a remplazarse por la utilización de cámaras de compensación electrónicas que permiten eliminar la remisión física de los cheques y la sustituyen por el envío periódico y recíproco, por vía electrónica, de listados de cheques a cargo de los demás bancos, de manera que el banco central establezca con base en ellos los saldos resultantes para el sistema. Aunque el procedimiento no está exento de riesgos y supondría, en su forma plena, el truncamiento circulatorio de los cheques, tiene una serie de ventajas evidentes y se producen una serie de consecuencias significativas tanto jurídicas como económicas.

En efecto, comienza a quebrarse el principio según el cual el ejercicio de los derechos derivados del cheque supone su presentación al librado y se presume cuando se hace en cámara de compensación, pues no va a realizarse presentación alguna. Con los naturales riesgos de tener que pagar sin la verificación física del instrumento. Dados, sin embargo, los ahorros que el mismo sistema puede generar, los bancos pueden definir a partir de que nivel se hace el truncamiento de la

circulación de los cheques, de manera que solo los que excedan un cierto valor se envíen físicamente a la cámara. Y los riesgos pueden ser razonablemente cubiertos por un seguro de exceso de pérdida, que se combine con un autoseguro constituido con parte de los ahorros.

3. La cuenta corriente bancaria ²⁹

3.1. Consideraciones preliminares

Nuevamente nos encontramos con un problema semántico pues al distinguir con este nombre al típico contrato bancario, tienen que presentarse confusiones. En efecto, no queremos calificar en esta forma tan sólo a las innumerables cuentas corrientes, desde el punto de vista contable, que un banco pueda tener con su clientela, en cuyo caso el término bancario nada agregaría. La expresión contrato de cuenta corriente bancaria o de depósito en ella, reviste un particular significado que brindaría de seguro menos confusiones de llamarlo, por ejemplo, contrato de cuenta de cheques, como sucede en algunos países latinoamericanos.

Las principales discrepancias entre los autores sobre la naturaleza jurídica de este contrato y sus semejanzas o diferencias con la cuenta corriente mercantil, obedecen, en primer lugar, a una diversa utilización de los términos. Para unos, en efecto, la cuenta corriente bancaria sugiere el sustrato que soporta distintas relaciones credituales o de servicios entre el banco y sus clientes, de manera que se acerca a la concepción contable más que a la jurídica.

Para otros, en cambio, y nos incluimos en esa posición, la expresión cuenta corriente bancaria, si bien equívoca por las razones que hemos anotado, corresponde a un contrato específico que es aquel en el cual, facultados los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero, producen estos últimos mediante la utilización del título valor denominado cheque. Es en la utilización de este típico instrumento a cargo de los bancos y el análisis de sus funciones peculiares, al permitir al cuenta correntista mantener las ventajas del depósito custodiado por

29. Para este apartado consultar además: Legislación:

- EOSF: Artículos 2 # 2, 7, 125,
- Código de Comercio: Artículos 1382-1415.
- Código Civil: Artículos: 1714-1723.
- Circular Básica Jurídica: título III, capítulo primero, numerales 1 y 2.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 309-321.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez. Bogotá, D. C., 7 de junio de 2002.

un banco y al Mismo tiempo contar con la disponibilidad sin reservas de su dinero, que entendemos el contrato de cuenta corriente bancaria.

Sobre el eje del depósito irregular de dinero, con las peculiaridades que veremos y la utilización del cheque como título típico de disposición de los recursos, hemos estructurado la noción de contrato de cuenta corriente bancaria. Por consiguiente, tendremos forzosas diferencias con quienes analizan la cuenta corriente bancaria pensando que "es solamente un pacto accesorio de determinados contratos de crédito". Ya vimos la cuenta corriente en su acepción contable, pero una vez circunscrito el concepto jurídico de contrato de cuenta corriente bancaria al contrato de cheques, por así decirlo, o de cuenta de cheques como le llaman otros, es evidente que la diferencia de opinión no es tal, en el sentido de que estamos hablando de cosas distintas. Es más, estamos de acuerdo con la presentación meramente contable si se quiere, pero advertimos que la expresión quiere identificar un contrato regulado por muchas legislaciones latinoamericanas y, desde luego, de la más frecuente utilización en los bancos del continente. Es nada menos que el contrato que posibilita a los bancos para captar el mayor volumen de recursos a través de la vía que les es específica, depósitos a la vista, y cumplir así su función intermediadora.

3.2. Apertura de la cuenta 30

Para la apertura de la cuenta el banco adopta algunas precauciones orientadas a identificar la persona de su eventual contratante y sobre todo su moralidad y buena reputación, pues, como se recuerda, tratándose de contratos bancarios, la confianza y buena fe de las partes supone que gocen de las más altas calidades morales, las cuales se presumen en el caso de los bancos. Aunque es materia de prolija reglamentación interna por parte de los bancos en los diversos países, las precauciones o requisitos que en general toman, pueden sintetizarse así:

a) Identificación del contratante

No sólo para precisar la identidad misma de la persona natural, sino la existencia de las personas jurídicas. En relación con éstas, es habitual, por no decir que imperioso para los bancos, solicitar la

30. Para este apartado consultar además:

Legislación

- Circular Básica Jurídica: Título II,
- Código de Comercio: Artículo 1400-1407.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 321-411.

documentación jurídica que permita establecer la forma de constitución, la estructura orgánica, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, las facultades del representante legal, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo para contratar, la existencia de permisos de funcionamiento, etc.

b) Verificación de la solvencia moral y económica

La verificación de la solvencia moral se logra investigando los antecedentes comerciales del interesado, tomando adecuadas y suficientes referencias comerciales y bancarias de establecimientos con los cuales ha tenido negocios o en los cuales ha obtenido crédito, precisando la forma en que ha cumplido, etc. En cuanto a la solvencia económica, demandándole sus estados financieros para determinar la composición de su patrimonio, la rentabilidad de su negocio, las relaciones entre sus activos y pasivos, su grado de solvencia, liquidez, capacidad de autofinanciamiento, etc., es decir, la determinación de un conjunto de coeficientes financieros indispensables para conocer al cliente y sustentar más tarde la concesión de crédito y la prestación de los servicios que solicite.

c) Lleno de requisitos formales

Comprende la suscripción misma del contrato o del reglamento de cuenta corriente bancaria; los registros de firmas del titular de la cuenta y de sus representantes, necesarios para poder cotejarlas ulteriormente con las utilizadas en las órdenes de pago, la correspondencia, y en especial, los cheques que libre a cargo del establecimiento bancario. Exige allí el banco, si no está contenido en el reglamento de cuenta corriente, un conjunto de facultades determinadas a poder verificar ciertos cargos en cuenta o producir compensaciones, si la ley no lo ha establecido ni lo prohíbe, etc.

d) Prevención del lavado de activos

Aunque está implícito en el ordinal b), lo mencionamos separadamente porque se trata de uno de los temas más delicados en la actividad bancaria de nuestros días. A partir de la Convención de Viena y como resultado de los hechos luctuosos del 11 de septiembre, se ha venido reforzando un sistema de control tendiente a evitar, en lo posible, que los sistemas financieros sean utilizados como medios para el lavado de dineros mal habidos o destinados a financiar el terrorismo.

Ello impone una severa carga de responsabilidades a los bancos y sus funcionarios pues el desarrollo que el tema ha tenido en los últimos años supone que no solo existen severas sanciones administrativas sino

que las conductas de lavado de activos han sido tipificadas como penalmente punibles. De hecho se trata de tema muy sensible que hemos analizado críticamente en fecha reciente pues nos parece que, de alguna manera y por esta vía, el Estado traslada responsabilidades que deberían estar en cabeza de las autoridades gubernamentales, para ponerlas en la de las entidades bancarias, a enormes costos y sin que se conozca el resultado del esfuerzo descomunal que ello implica.³¹

En la práctica se establece un procedimiento que compromete a la Junta directiva de cada entidad y le impone la adopción de manuales y sistemas complejos de control, que incluyen la designación de un funcionario de alto nivel u “Oficial de cumplimiento”, totalmente independiente y quien, con el concurso de la Auditoría interna y de la Revisoría fiscal, debe mantener periódicamente informada a la Junta y a las autoridades sobre los resultados de su gestión.

El sistema supone el cumplimiento de un moderno mandato socrático: “Conoce a tu cliente” e implica estar en capacidad de detectar si realiza una operación inusual dadas sus capacidades económicas, el nivel de sus ingresos, sus hábitos de consumo y otros indicadores similares. Si ella se produce y una vez analizada, puede volverse “sospechosa”, caso en el cual debe ser reportada a las autoridades, normalmente sin responsabilidad del informante, como suele consagrarse en las leyes que se ocupan del tema.

Muchos bancos internacionales han procedido a regular internamente lo que denominan “función de cumplimiento” y que, vinculada o no con el responsable del departamento legal, tiene como propósito fundamental el de velar porque todas las áreas de la entidad cumplan las disposiciones legales, lo que resulta un tanto curioso pues se supone que eso lo que los bancos, como profesionales, deben hacer de forma espontánea y permanente. Por lo que la tendencia suscita varias lecturas: que se ha puesto en evidencia que no se está cumpliendo la ley como sería de esperarse, lo que genera riesgos legales y reputacionales que pueden impactar severamente la imagen de la institución y que haya que corregir la falla o que, quizás, es tanta la multiplicidad de las normas que no puede presumirse su conocimiento, razón por la cual, alguien debe encargarse de traducir las disposiciones legales en conductas operacionales cuya aplicación sea forzosa y cuyos incumplimientos eventuales sean inmediatamente detectables y corregibles.

31. Consultar el texto de la conferencia denominada “El abogado en un mundo sospechoso” dictada en el marco del XXIV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, realizada en Santiago de Chile los días 29 y 30 de septiembre de 2005.

3.3. Obligaciones del banco

3.3.1. Recibir depósitos

La primera facultad del cliente es realizar depósitos en dinero o en cheques. En este caso pueden ser a cargo del mismo banco o dentro del colega, sobre la misma plaza o sobre una diferente. Esta última hipótesis conduce a las llamadas “remesas”. Para todos los cheques se aplica el principio del “salvo buen cobro”, esto es, no puede disponerse del saldo sino cuando los mismos hayan sido pagados. Como en el caso de las remesas el tiempo de presentación es mas demorado, pues deben enviarse a su destino, cabe la posibilidad de que el banco acepte negociarlas, esto es, autorizar al cliente para girar sobre el saldo equivalente mediante el pago de una contraprestación.

3.3.2. Facilitar los documentos o mecanismos necesarios

Dice fundamentalmente con los cheques en cuanto se trate, como suele ocurrir, de documentos necesarios para el movimiento de la cuenta que deban ser extendidos en formularios preimpresos o autorizados por el banco.

Se extiende, así mismo, a los formularios o documentos requeridos para hacer las consignaciones,³² si bien algunos sistemas operacionales permiten realizarlas sin la elaboración de formulario alguno, bastando su recibo por el cajero y la expedición y entrega de un recibo que arroja la caja.

3.3.3. Llevar cuenta corriente e informar sobre su estado

El banco requiere conocer a cada instante el saldo de sus clientes. Si alguien se presenta a cobrar un cheque por ventanilla, no puede ignorarlo. Ello implica que mantenga una contabilidad en tiempo real, para utilizar una expresión de la banca electrónica.

Debe suministrar un estado periódico del movimiento de la cuenta o extracto de la misma, que registre sus movimientos y el saldo a la fecha de corte, el cual puede ser obtenido fácilmente y en cualquier momento y con cualquier periodicidad, por acceso a distancia, si media un acuerdo con el banco.

Muchas legislaciones consagran la obligación de devolver los cheques originales que hayan sido pagados durante el período, pero los bancos tienden a cumplirla poniéndolos a disposición del cliente en sus

32. Colombia. “Constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente el recibo de depósito expedido por el banco. ...” (Artículo 1384 Código de Comercio)

oficinas desde la fecha de corte. De hecho la compensación electrónica y el truncamiento en la circulación de los instrumentos, pues ellos reposarían en poder del banco depositario y no del librado, plantea un evidente problema práctico, pues sería preciso recogerlos en los distintos intermediarios para poder disponer de ellos.

En general, hemos defendido la conveniencia de que se conserven en los bancos, que suelen microfirmarlos y mantenerlos debidamente archivados, de manera que sea fácil obtenerlos si se requieren, por ejemplo, como prueba judicial.

3.3.4. Pagar los cheques

Constituye la obligación primordial del banco, que es la de devolver el depósito. Supone la verificación de una doble serie de requisitos: los que dicen con la que hemos llamado relación externa, surgida como consecuencia del libramiento del cheque a favor de un tercero tenedor que lo cobra, y la que denominamos relación interna que dice con el vínculo contractual con su cliente.

a) Requisitos de validez

Suponen establecer que el título llena los requisitos del título valor incluyendo la existencia de un banco librado, del derecho incorporado y de su oportunidad para ejercerlo, de la fecha y lugar de creación, de la legitimación del tenedor y de la existencia de una firma del suscriptor.

b) Requisitos de regularidad

Pero una vez establecido que quien se presenta es un tenedor legítimo del título valor, (relación externa) es preciso volverse sobre la relación directa con el cuentacorrentista, para verificar aspectos tales como que se trate de las chequera del librador, que la firma sea la registrada en el banco, que existan fondos suficientes, que no haya orden de no pago, etc.

c) Justas causas para no pagar

Surgen, en lo esencial, de no encontrar cumplidos, en todo o en parte, los requisitos que vienen de citarse y se extienden, normalmente, hasta la presentación extemporánea del cheque.

d) Pago parcial

Es una solución mercantil que excepciona el principio

tradicional de las obligaciones según el cual las mismas deben ser cumplidas en la forma y términos originalmente concebidos. Se explica por considerar que en el mundo de lo comercial y teniendo en cuenta que un pago parcial no es novatorio, es posible recibir un abono, lo cual no afecta los derechos del tenedor para ejecutar al deudor de inmediato por el saldo y, en cambio, libera en el monto del pago a los obligados en vía de regreso.

e) Responsabilidad por mal pago

Hemos dicho que pagar constituye la obligación fundamental del banco de restituir la suma depositada. Hemos visto cómo debe llevarse a cabo el pago, qué requisitos deben verificarse por parte del banco, en qué casos podría entenderse que existe una justa causa para no hacerlo y en qué consiste, por último, la figura del pago parcial. Debemos estudiar ahora qué sucede cuando el banco, creyendo cumplir con su principal obligación, realiza el pago en forma indebida. Advirtiéndose que la responsabilidad que pueda surgir a cargo del banco tiene que fundarse en la existencia de un daño para el titular, para cuyo resarcimiento pueda ser válidamente demandada la entidad. En otras palabras, la irregularidad eventual en el pago puede resultar irrelevante, desde el punto de vista de la responsabilidad del librado. Si pese, por ejemplo, a los defectos de fondo o forma del instrumento el pago se hace a la persona habilitada para ello, ésta no tendrá nada que reclamarle al librador del cheque ni el último tendrá sustento para poder demandar al banco, al no haberse causado ningún perjuicio. Lo que, en síntesis, significa que no todo pago irregular constituye un mal pago y que reservamos ese calificativo para aquellos casos en los cuales surge una responsabilidad a cargo del banco.

Se pueden clasificar en dos grandes grupos las hipótesis que originan un mal pago. En primer lugar, el pago realizado sin la debida verificación de los requisitos generales sobre la validez y la regularidad del instrumento, que originará responsabilidad en cuanto se acredite la producción de un daño como consecuencia de la conducta del banco. Y en segundo lugar, el mal pago vinculado a la falsificación de la firma o del formulario o a adulteraciones en el texto, que por implicar la comisión de hechos dolosos permiten presumir que se han realizado para obtener un beneficio indebido en detrimento de los intereses patrimoniales del titular de la cuenta y suelen aparejarlo.

En relación con el primer grupo de supuestos, nos basta observar que, en buena parte de los casos, el pago irregular, que podría ser calificado de mal pago por algunos, no produce responsabilidad a cargo de la institución por no irrogarse un daño a su cliente. Tomemos el caso de una persona que libra un cheque a cargo del banco librado

pero omite poner la expresión cheque, que vamos a suponer es elemento esencial del título en el país respectivo. El banco no se percató de la omisión y procede a pagarlo al beneficiario. Pues bien, en este supuesto aunque se tuvo por cheque al título que no lo era, la orden de pago fue atendida, el beneficiario recibió la suma y no tiene reclamación alguna que hacerle al titular. No existe el presupuesto indispensable que permitiría calificar de malo al pago y deducir una responsabilidad para el establecimiento bancario. E igual cosa podría decirse en relación con el lleno de los requisitos esenciales para tener al título valor como cheque en el momento de su presentación.

Pero si otros aspectos de irregularidad, por así llamarlos, se presentaran, como si el tomador no fuese en estricto rigor el último eslabón en una cadena ininterrumpida de endosos, de manera que desde el punto de vista técnico jurídico pudiese glosarse su legitimación para cobrar, esta circunstancia sería también irrelevante en la medida en que persona alguna reclamara por el hecho del pago o de la forma como se realizó; ni el cliente, de otra parte, rechazara el cargo en cuenta por corresponder a la suma por la cual había impartido la orden. Por lo tanto, es en la existencia del daño y en la posibilidad de imputárselo al banco que debe estudiarse el problema del mal pago del cheque.

En la segunda hipótesis de irregularidades, aquella que toca con las alteraciones, borrones, raspaduras y, en concreto, con la falsificación del instrumento o de algunas de sus partes esenciales, puede sostenerse que en la mayoría de los casos y en cuanto se trate de conductas dolosas, va a producirse, un perjuicio y por ende una eventual responsabilidad para el banco. Tal vez por eso los autores, al hablar de la responsabilidad por mal pago de un cheque, suelen limitarse con frecuencia a tratar tan solo este aspecto del problema.

Desde luego, como en el caso anterior, si pese a la existencia de un borrón el banco paga satisfaciendo la orden de su cliente, de manera que ni el tomador puede reclamar frente al librador ni éste frente al banco, la irregularidad en que éste haya incurrido carece de relevancia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual.

Por eso nos limitamos a estudiar los supuestos en los cuales la adulteración modifica algunos de los elementos esenciales como el nombre del beneficiario, sustituido por el de otra persona, o se aumenta la cantidad por la cual el cheque fue librado o se modifica la fecha de emisión para evitar que opere la caducidad, etc. En todos estos ejemplos el pago verificado por el banco puede traducirse en un perjuicio para su cliente, en forma inmediata, cuando paga una cantidad superior a aquella por la cual se había impartido la orden de pago, por ejemplo, o mediata, cuando paga a una persona distinta del beneficiario y éste

lo demanda y vence en juicio de manera que lo habilita para repetir contra el banco. No son muy afortunadas las legislaciones sobre cheques en relación con esta última hipótesis, pues los plazos para la reclamación por parte del titular corresponden a supuestos que no encajan de ordinario en el que acabamos de mencionar. La reclamación por mal pago, supone que el titular de la cuenta se entere de dicho pago. ¿Y cómo lo hace? A través, por regla general, de la recepción del estado de cuenta o del extracto periódico que el banco debe mandarle y que hemos comentado en este mismo capítulo. Es a partir de ese momento que el cliente puede percatarse, por lo menos en la mayoría de los casos, que se ha presentado un mal pago por los aspectos que venimos observando. Tal sucede si el cheque número 2732 de su cuenta fue librado según sus registros por 100 y aparece pagado por 1.000 o si hay un cargo en su cuenta que corresponde a un número de cheques que jamás ha formado parte de su libreta, para citar dos hipótesis frecuentes. Lo que en otras palabras significa que no puede reclamarse por un pago antes de conocer el cargo en cuenta a través del extracto a que hemos hecho referencia o recibir los cheques originales que haya pagado el banco, si tal cosa no ocurre simultáneamente.

Decíamos, sin embargo, que las legislaciones no suelen ser muy afortunadas al respecto porque no queda cubierta allí la hipótesis, por ejemplo, de que la falsificación haya consistido en cambiar el nombre del beneficiario para que un tercero, sustituyéndolo en forma abusiva, se presente a cobrar el instrumento. La constatación sobre esta modalidad de falsificación sólo será posible en los casos en que se recibe el original de un cheque pagado, pero no cuando tan solo se envía un estado de cuenta de cuya lectura el titular puede verificar que el cheque número tal fue pagado por la determinada suma, que corresponde con precisión a sus registros y sólo más adelante, cuando la persona a cuyo favor había sido librado y enviado por correo, por ejemplo, demande el pago de la obligación fundamental que dio lugar a su giro, va a evidenciarse la comisión de un delito que hasta entonces había estado a la sombra. Por ello, nos adelantamos a observar cómo, en esta hipótesis, las reglas que mencionaremos en seguida sobre plazos y caducidad no serían de aplicación, en estricto derecho, por cuanto parece inequitativo hablar de una caducidad en relación con un hecho que generaría una acción, pero se desconoce por la persona afectada por él, salvo que su ignorancia resultase culposa a la luz de las prácticas comerciales.

Los sistemas adoptados por las legislaciones parten de la premisa consistente en la notificación al titular de la cuenta del estado de la misma y del establecimiento de un plazo contado a partir de ese momento para que el cliente manifieste su conformidad o los reparos que la misma le merezcan, presumiéndose que de no formular estos

últimos dentro de ese plazo, se extingue la acción que tendría contra el banco para reclamar por el mal pago. Esto es, que al cliente se le exige una conducta positiva si quiere fundar su reclamación, consistente en manifestar en forma expresa su rechazo a cualquiera de los cargos relacionados en el extracto, dentro de un determinado plazo.

El plazo suele ser relativamente corto, como una quincena o unos meses y tiene mayor o menor fuerza frente a los jueces si está establecido por la ley o resulta de una cláusula impresa en el contrato adhesivo celebrado.

De todas maneras, la existencia de un plazo para reclamar es lógica porque, en caso contrario, existiría un permanente estado de indefinición en relación con cuentas que el cliente ha tenido posibilidad de estudiar, analizar y glosar, de haber encontrado alguna inconformidad. Es decir, con la aplicación del principio de un plazo presuntivo el banco quedará liberado de su responsabilidad por la sola circunstancia de que la reclamación no se formule en tiempo. Una vez presentada la reclamación la acción judicial resultante queda sometida a los plazos generales de prescripción o a los particulares establecidos por la ley en cada país.

Respecto a la responsabilidad del banco por haber pagado un cheque falsificado o cuya cantidad se haya alterado, existen dos teorías fundamentales que constituyen ejemplos representativos de lo que puede ser una evolución legislativa y doctrinal en este sentido.

En primer término, la llamada teoría del "riesgo creado" o de la "responsabilidad profesional" según la cual la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quien profesionalmente, esto es, de manera reiterada, pública y masiva, se beneficia con los resultados de la misma. Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es rembolsar a ese titular los dineros en la forma en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación, adulteración de las cifras, etc., no puede perjudicar a ese titular, sino que debe asumirse por el banco. De conformidad con esta teoría, probado que sea por el cliente que su firma, por ejemplo, fue falsificada o que la cantidad por la cual emitió la orden de pago fue adulterada, el banco tendría que responder por los perjuicios causados. Si se prueba que el cheque se libró por 100 y que la cantidad se adulteró pagándose por 1.000, el banco, en virtud de la aplicación de la teoría del riesgo creado o la responsabilidad profesional, deberá rembolsar la diferencia de 900.

La teoría de la culpa, en cambio, antes de sustentarse en la verificación objetiva de la falsedad o adulteración y deducir de allí una consecuencia automática, incorpora una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar la dicha falsificación o adulteración y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su culpa a la existencia de falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes, es determinante para poder evaluar la eventual responsabilidad. En esta teoría entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a la responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos. En todo caso el principio general, aun dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado. Por consiguiente, si el hecho se prueba en un proceso, corresponde al banco probar que hubo culpa de su cuentacorrentista o de su representante, sus factores o dependientes, es decir, aquellas personas que actuando en nombre suyo han podido obligarlo. Visto de otra manera: ante la reclamación del cliente le basta al banco presentar el cheque con base en cuyo pago procedió a cargar la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá probar la existencia de una falsificación o adulteración. Si se establece y para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa del titular o de las personas que puedan actuar en su nombre.

Algunas legislaciones establecen los casos en que el banco debe responder por las consecuencias del pago de un cheque y los supuestos en los cuales corresponde al librador la responsabilidad por la falsificación del instrumento, es decir, en forma expresa se refieren a las distintas hipótesis para precisar los supuestos que generan una culpa a cargo del titular. La mayoría de las legislaciones, sin embargo, dejan este problema a la libre apreciación del juez. El INTAL en su artículo 123 establece: "La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador dio lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes". Disposición de la cual puede concluirse, "*a contrario sensu*", que, de no existir esta culpa a cargo del titular de la cuenta, la responsabilidad corresponde al banco librado.

¿Cuáles podrían ser las conductas culposas del titular de la cuenta corriente invocables por el banco? Algunas se infieren por la ley o los reglamentos de lo que podríamos considerar el incumplimiento de la obligación de custodia sobre la libreta de cheques que

mencionaremos más adelante. En este caso puede preverse que si se falsifica un cheque de los entregados al librador y la falsificación no fuese visible de manera manifiesta, el banco no debe responder por el mal pago, porque una vez la libreta en poder del cliente éste asume los riesgos de su custodia y utilización. La falsificación o suplantación de la firma hecha en uno de los cheques supone que éste ha salido de las manos del titular por un descuido de su parte o, por lo menos sobre ese supuesto, opera la disposición legal o contractual. Pero fuera de este caso, riguroso en verdad con el titular, aun cuando lógico, pueden imaginarse algunos otros ejemplos no siempre fáciles de probar en un proceso, pero que pueden concebirse como razonables. Si, por ejemplo, el banco puede probar que el titular de la cuenta solía dejar cheques firmados en blanco encima de su mesa de trabajo para llenarlos más tarde o los entregaba así a algún empleado de su oficina para que él los diligenciara en la medida en que se fuera requiriendo, no cabría duda sobre la asunción de un riesgo, por cuanto cualquier persona que los tuviera a su alcance estaría en condiciones de llenarlos, en el primer caso, o su empleado o un tercero, sin su conocimiento o contra su voluntad, hacer lo propio en cualquier momento. Si se prueba que el titular de la cuenta al llenar el cheque dejaba espacios que, contra las recomendaciones usuales de la banca a sus clientes y lo que dice la elemental prudencia, permitan intercalaciones que realizadas con habilidad por terceros aparecerían lógicas en el contexto del instrumento; si, por último, contra la recomendación expresa del banco en el sentido de no librar cheques al portador o a personas desconocidas pudiera probarse que el cliente, en circunstancias poco recomendables, lo hizo; en todos estos supuestos y otros similares, el banco estaría en condiciones de sustentar, con alguna probabilidad de éxito, la posición de no responsabilidad, basado en la culpa del cuenta correntista como resultado de la cual se facilitó cometer la falsificación o adulteración.

Para terminar, valga anotar que existen hipótesis en las cuales la posición del cliente es débil desde el comienzo pues se trata de hechos o circunstancias que pueden contribuir indirectamente a la comisión del delito, de los cuales el cliente está enterado y que no pone oportunamente en conocimiento del banco librado. Tal ocurre cuando el cliente ha perdido su libreta de cheques o le ha sido sustraída o robada, lo cual, bien porque la ley lo establezca, o porque la razón lo indique, debe comunicarlo de inmediato al banco de manera que éste pueda extremar las precauciones tendientes a evitar un mal pago. De no dar este aviso la culpa del cliente puede tornarse excluyente, es decir, tener que asumir la totalidad de la pérdida originada en la eventual falsificación o crear condiciones menos severas para juzgar al banco, pues sólo será responsable en caso de que la alteración o falsificación fueren notorias, esto es, salten a la vista de manera tan burda que, aun cuando no se haya avisado al banco, éste deba rechazar los cheques

por aplicación de los principios generales. Por el contrario, si se trata de una falsificación o adulteración que sólo puede detectarse mediante un experticio técnico por no ser evidente a simple vista, el cliente deberá soportar en su integridad las consecuencias de la falsificación.

f) Responsabilidad por no pago

Si la obligación fundamental del banco es pagar los cheques, su no pago implica el incumplimiento de la misma y la responsabilidad correspondiente. Es decir, la posición del Banco es particularmente difícil por cuanto tiene que pagar; si se abstiene de hacerlo sin justificación será responsable y si paga mal, también. El principio general es que el banco debe pagar los cheques que el titular libre a su cargo, salvo que exista una causal justificativa que lo exonere de hacerlo o que tenga obligación de no pagar los cheques, por excepción, como la veremos adelante.

La consecuencia normal de incumplir la obligación de pagar se traduce en la necesidad de indemnizar al titular de la cuenta los daños y perjuicios originados por su negativa. Recuérdese de nuevo que el banco, salvo el caso de los cheques certificados o los que se asimilen a éstos, no responde jamás frente al tomador por el no pago. Sin embargo, el tomador puede demandar al librador para obtener no sólo el pago del título valor sino los intereses, costas, etc., que se deriven del incumplimiento y el proceso judicial. Pues bien, el librador, quien va a tener que responder ante el tomador por el no pago, está facultado para demandar del banco librado la indemnización de los perjuicios que le ha causado con su negativa. Si bien esos perjuicios deben probarse y ser determinados en el proceso judicial, la tenencia legislativa consiste en cuantificarlos en forma anticipada de manera que, en todo caso, el banco deba responder por un porcentaje determinado en relación con el monto del cheque, si se dejó de pagar o de la parte proporcional, si no se hizo el ofrecimiento del pago parcial, en los sistemas que permiten esta figura.

La tendencia está consagrada en forma clara en el proyecto INTAL en su artículo 112 que establece: "Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque, o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en el artículo anterior, resarcirá al librador los daños y perjuicios que se le ocasionen. La indemnización no será menor del 20% del importe del cheque, o del saldo disponible. La drasticidad de la sanción reitera la especial seriedad con que los bancos deben atender al cumplimiento de sus obligaciones, pero puede resultar excesiva en muchos casos, en especial en aquellos de duda en que el banco tendrá que decidir sobre la justificación o no de la causal que puede invocar para dejar de pagar. Y lo inequitativo de la solución se evidencia si se

advierte que, si el banco no paga por una causal que entiende justificada, lo hace precisamente para proteger los intereses de su cliente y evitar un eventual mal pago. Sin embargo, si más tarde el juez, en los casos en que la ley no las ha señalado en forma taxativa, estima que la causal invocada no justifica la negativa, el banco se ve sometido a una sanción muy gravosa que, incluso, podría llevar a algún cuenta correntista de mala fe a sentirse atraído por la posibilidad de que el banco se encuentre frente a una situación ambigua que lo lleve a no pagar.

3.3.5. Pagar intereses

Cuando se trata de cuentas remuneradas, advirtiéndose que, normalmente, y cuando excepcionalmente se pacta, su rentabilidad es bajísima o aun negativa pues los bancos tratan de estimular las operaciones a plazo más que a la vista.

3.4. Obligaciones del cliente

a) Mantener fondos suficientes

Como base necesaria para poder dar órdenes de pago al banco. La provisión resulta de la previa consignación de los mismos o de la concesión de un crédito utilizable en cuenta, como ocurriría con la apertura de crédito o el sobregiro.

b) Custodiar la chequera

Esta obligación de hacer tiene sentido porque solo quien custodia adecuadamente la chequera puede percatarse en forma inmediata de su pérdida o de la de alguno de sus formularios y, en este caso, advertir o prevenir al banco para evitar una posible defraudación. Incumplirla suele traducirse en disposiciones mas severas para el titular.

c) Utilizar los formularios o esqueletos exigidos por la ley

Cuando son formalmente necesarios, como en el caso de los cheques. Tal ocurre en los países en los cuales es necesario librar estas órdenes de pago en formularios elaborados o autorizados por el banco³³. O cuando se trata de realizar consignaciones, evento en el cual el banco suministra los esqueletos o preformas que deben ser diligenciados por la clientela.

33. Colombia. Sanciona la orden de pago que no se expida en cheques, privándola de los efectos y privilegios de los títulos valores. (Artículo 712 Código de Comercio)

d) Devolver los cheques al término del contrato

Algunas legislaciones lo consagran como mecanismo para evitar el riesgo, para el mismo cuentacorrentista, de conservarlos inútilmente en su poder.

3.5. Facultades del banco

a) Compensar

Es medio extintivo de las obligaciones que se presenta cuando se dan obligaciones recíprocas, homogéneas y exigibles. Habilita al banco para abonar o cargar en cuenta de su cliente las sumas de las cuales sea deudor o acreedor con plenos efectos de acuerdo con la ley. En esta forma permite manejar la cuenta como receptáculo de todas las relaciones sostenidas con la clientela, de manera que al final el saldo obtenido es único y se refiere a todas ellas.

b) Exigir de inmediato los sobregiros

Pues se trata de un crédito de suyo transitorio y de ordinario costoso. El que el cliente pueda solicitar al banco un sobregiro – porque expresamente se lo solicite o porque implícitamente lo haga cuando libra un cheque sin fondos – no lo releva de su obligación fundamental de tener fondos suficientes. Por ello las legislaciones suelen consagrar que se trata de decisión discrecional del banco con lo cual solo expresan que la concesión de crédito supone un necesario acuerdo de voluntades. El cliente propone, esto es, hace una oferta de negocio jurídico. El banco decide si la acepta o no.

3.6. Facultades del cliente

a) Disponer de sus fondos

Natural facultad del titular de la cuenta que refleja la posición del depositante respecto a los bienes depositados. Lo hace mediante el giro de cheques o en otra forma convenida con el banco. Hoy por hoy la utilización de tarjetas de acceso, en particular la de débito, constituyen mecanismo crecientemente utilizado para tal efecto.

Adicionalmente se utiliza la orden de cargar contra la cuenta las sumas debidas regularmente a terceros, como ocurriría con los pagos periódicos de servicios públicos, arrendamiento, universidades, etc.

b) Crear y demandar cheques especiales

Entre ellos cheques no negociables, cruzados, para abono en

cuenta, certificados, con provisión garantizada, de caja o de gerencia y de viajero para citar los más importantes.

Los cheques de gerencia pueden ser solicitados también por terceros, pero los bancos suelen reservar su expedición a su propia clientela, entre otras razones, por la necesidad de conocer sus clientes y las operaciones que realizan, lo que no es fácil de lograr cuando se trata de un petionario desconocido.

c) Revocar su orden de pago

Se distingue entre la simple revocación, esto es, la manifestación por medio de la cual el librador deja sin efecto su orden de pago y la oposición u orden justificada de no pago, mediante la cual el librador manifiesta su voluntad de restarle eficacia a la orden por una causal plenamente justificada, en su sentir o conforme a la ley.

Esta distinción doctrinal llevaría a sostener que, aun en los sistemas en los cuales no se permite la revocación sino una vez transcurrido el plazo de presentación, sería posible oponerse al pago del cheque, en una hipótesis como la de su sustracción o apropiación indebida en que puede presentarse la comisión de un delito y se pide al banco su concurso para evitar que la mala fe del usurpador cause un perjuicio indebido al beneficiario o al librador. Claro está que siempre existe el problema del tenedor legítimo, que habiendo adquirido el título de buena fe se presenta al banco a cobrarlo. Como, sin embargo, carece de acción contra el librado éste no adquiere ninguna responsabilidad por cuanto el único que podría deducírsela, su cliente, es quien precisamente lo ha instruido para que se abstenga de pagar. Sin que, por otra parte, se lesionen los intereses del tenedor, ya que mantiene a salvo sus acciones contra el librador del instrumento. En este orden de ideas, la solución de no pagar es la más equitativa y razonable.

La diferencia se consagra en algunas leyes comerciales y puede traducirse en disposiciones de carácter penal.³⁴ Tal el caso cuando se permite la libre revocación de la orden de pago, pero se sanciona penalmente el hecho de que resulte injustificada. De acuerdo con las normas sobre el contrato, el cliente puede dirigirse al banco antes del pago del título para anular la orden de pago impartida; sin embargo, si su conducta es caprichosa, si existe, por así decirlo, un abuso del derecho, porque carece de justificación, podrá verse incurso en sanciones penales que resultarán de la apreciación amplia que haga el juez de la

34. "El que emita o transfiera cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. (Artículo 248 Código Penal).

causa sobre su decisión.

4. Cuentas colectivas 35

Es posible que la cuenta corriente bancaria sea abierta no a nombre de una persona sino de dos o más. Esto nos permite estudiar tres hipótesis, las dos primeras de pluralidad de titulares, y la última, tan sólo, de pluralidad de personas facultadas para disponer de los saldos.

4.1. Pluralidad solidaria

Se trata de la hipótesis en la cual dos o más personas abren la cuenta y figuran como titulares de manera que cualquiera de ellas pueda disponer hasta de la totalidad del saldo disponible. En este caso los acreedores son solidarios desde el punto de vista activo, es decir, la obligación del banco se satisface pagándole a cualquiera de ellos.

Esta modalidad no deja de plantear problemas interesantes. Por ejemplo, ¿qué sucede cuando un tercero, en virtud de ser acreedor de uno de los titulares de la cuenta, inicia una acción judicial y se ordena el embargo de los saldos que ese cotitular deudor tenga en su cuenta corriente bancaria? ¿Se debe rechazar la orden de embargo por tratarse de una cuenta abierta a nombre de ese deudor y otra u otras personas? ¿Debe congelarse el saldo disponible en su totalidad? ¿Debe hacerse una congelación de la mitad, como si se tratara de una obligación divisible? La respuesta dependerá de los distintos regímenes procedimentales, en cuanto en ellos se contemple una solución específica.

Nos inclinamos a pensar que si existe solidaridad activa, debe traducirse en que la orden de embargo se atienda en su totalidad por cuanto, en últimas, la posible inequidad que pudiese cometerse con el otro o los otros titulares no sería mayor que la que el mismo afectado podría producir por su propia iniciativa cuando, abusando de su posición de coacreedor solidario, dispusiese del saldo que en verdad pertenecía a todos los titulares. Es decir, que en el caso de acreedores solidarios el riesgo que corren los demás frente a la mala fe de uno de ellos o a las vicisitudes judiciales, como sería el caso del embargo, está vinculado a la propia forma jurídica de esta modalidad de las obligaciones. Igual sucedería en caso de compensación legal o convencional cuando naciera

35. Para este apartado consultar además: Legislación:

- Circular Básica Jurídica;
- Código de Comercio: Artículo 1384.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 324-326.

una obligación a favor del banco, pero sólo a cargo de uno de los titulares acreedores solidarios.

4.2. Pluralidad conjunta o colectiva

Se refiere a la posibilidad de que una cuenta corriente sea abierta por dos o más personas, pero de manera que los fondos no puedan ser retirados sino por órdenes o cheques firmados por la totalidad de los titulares. En este caso es claro que no existe solidaridad activa y que la obligación del banco, al deber una suma de dinero a varios acreedores no solidarios, podría ser satisfecha por partes iguales en caso de conflicto. Frente a las dos vicisitudes mencionadas en el punto anterior, embargo de un tercero o compensación, si se aplica el principio de la divisibilidad, el embargo y la compensación tendrían que limitarse a la cuota parte ideal que pudiera asignarse a cada cotitular, aun cuando existen legislaciones en las cuales se establece, en el caso de la compensación, que ésta no correrá en tratándose de obligaciones que no sean a cargo de la totalidad de los titulares de la cuenta corriente. Prohibición que podría extenderse al caso de las cuentas en donde hemos hablado de solidaridad activa.

4.3. Librador facultativo

Así calificamos una hipótesis, ya no propiamente de pluralidad de titulares, sino de un único titular que ha facultado a otra u otras personas para disponer de los saldos existentes en la cuenta. Las diferencias con el caso de los acreedores solidarios son evidentes pues éstos disponen de los fondos como titulares del crédito, mientras el tercero actúa en nombre y representación del titular de la cuenta, como mandatario del mismo. Por lo tanto, su encargo puede serle revocado en cualquier momento por el titular quien puede designar en su reemplazo a una u otras personas. Se trata, entonces, de una simple pluralidad de personas autorizadas para girar contra la cuenta, pero solo existe un titular jurídico de la misma. En las hipótesis de embargo y compensación debe concluirse que ninguna de las dos cabría cuando se trate de órdenes judiciales dirigidas contra los bienes del tercero, signatario de los cheques por autorización del titular, o de deudas a favor del banco y a cargo suyo. Como no podría excusarse el banco de atender la orden judicial de embargo, cuando se dirija contra el titular de la cuenta por la sola circunstancia de que, por ejemplo, no sea él la persona registrada para disponer de los fondos, porque la simple suscripción de los cheques no exterioriza la titularidad patrimonial del derecho de crédito derivado del contrato o mejor, del depósito realizado.

5. Transferencias de fondos ³⁶

Si hemos estudiado, en términos generales, el contrato de mandato mercantil y presentado en una forma esquemática e integrada las disposiciones peculiares para este contrato y para la comisión como manifestación específica, es porque el mismo sirve de sustento en muchos casos a la prestación o realización de determinadas operaciones bancarias. Los principios expuestos serán entonces aplicables, desde el punto de vista jurídico, a todas aquellas hipótesis de prestación de servicios en las cuales el antecedente conceptual esté constituido por la celebración de un contrato de mandato. Veamos, en seguida, algunas manifestaciones de dicho contrato, que se presentan principalmente en la intermediación en pagos y cobros.

Dada la dinámica con que se desarrollan los negocios en el mundo moderno, los particulares, comerciantes o no, se ven impelidos a realizar numerosos pagos para atender la asunción de obligaciones, especialmente contraídas a plazo, o derivadas de la obtención de servicios corrientes e indispensables para vivir en sociedad. En consecuencia, todos los encargos que el banco reciba enderezados a pagar a un tercero una determinada suma de dinero corresponden a este primer grupo y en relación con ellos mencionaremos, para ilustrarlo, algunos ejemplos de relativa frecuencia.

5.1. Servicio de caja

Entre los servicios que el banco puede prestar a su clientela ocupa un lugar importante el llamado servicio de caja o posibilidad para el cliente de utilizar al establecimiento de crédito para atender pagos relacionados con sus actividades, como los de su nómina de empleados, de sus acreedores corrientes, etc., para lo cual podría hablarse de que el interesado “domicilia” la deuda en el banco e informa a los beneficiarios que a él deben dirigirse para obtener los pagos correspondientes. Lo ordinario será que el banco exija a su cliente listados y órdenes específicas contra las cuales puedan justificarse los pagos realizados, asumiendo la responsabilidad propia en el caso de incumplimiento o exceso en el ejercicio de sus facultades.

Desde luego que la posibilidad para el cliente de realizar los pagos a terceros no sólo surge de su iniciativa, como lo acabamos de mencionar, sino puede corresponder a la iniciativa de sus acreedores,

³⁶ Para este apartado consultar además: Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios*. Pág. 197-285, 392-395 y 759-761.
· Concepto No. 200001453-1 de mayo 10 de 2000. Superintendencia Bancaria de Colombia.
(Físico)

los cuales han convenido con los bancos la posibilidad de que sus deudores, clientes del banco, puedan pagar en sus cajas. Tal es el caso del pago de servicios públicos, en donde la posibilidad de llevarlos a cabo en un banco no deriva de que el cliente haya notificado a la empresa de servicios públicos que le cancelará sus deudas por su conducto, sino que, a la inversa, son las empresas prestatarias del servicio las que establecen la facultad de utilizar las cajas de los establecimientos de crédito para cancelar las facturas periódicas cursadas con ocasión de los servicios. Igual ocurre cuando establecimientos con grandes volúmenes de ventas a plazo establecen la posibilidad o exigen a sus deudores hacer los pagos en un banco. En ambos casos, sin embargo, ya que el pago surja de la iniciativa del deudor, previa notificación a sus acreedores o resulte de la decisión del acreedor facultando a los deudores, nos encontramos frente a una intermediación por parte del banco en los pagos hechos por su cliente a terceros o por estos a su cliente.

5.2. Giros o transferencias

En este caso la expresión utilizada de giros tiene la acepción particular de transferencias de dinero de un lugar a otro, mediante la expedición de las órdenes de pago correspondientes por el mismo banco y no se trata, entonces, de órdenes de pago libradas por los clientes a cargo del banco que se traduzcan en una aceptación por su parte, sino, más bien, de una provisión de fondos destinada a que los mismos se coloquen en un lugar distinto y a favor del mismo constituyente o de un tercero. En otras palabras, que mientras en el giro, con la acepción que corresponde a la mecánica de los títulos valores, su obligación nace de aceptarlo, en este caso la obligación de llevar a cabo el encargo no es cambiaria y surge tan solo de la existencia de una provisión destinada a ser transferida en los términos del acuerdo.

Técnicamente puede hacerse una diferencia entre giros y transferencias, para circunscribir esta última expresión al traslado que resulta de una operación contable interna registrada por el banco que recibe la solicitud con una de sus oficinas o con la de un banco corresponsal, en virtud de la cual aquella o éste se comprometen con su ordenante, casa matriz o corresponsal, a hacer un pago a una determinada persona. Esto es, que en la transferencia con esta acepción restringida, el banco que recibe la solicitud y tiene la provisión se limita a transmitirla por los canales específicos de comunicación con las demás oficinas bancarias y mediante la elaboración de las notas o registros contables usuales en este tipo de operaciones, sin que al peticionario ni al tercero se les entregue un título que documente, por lo menos en forma autónoma el derecho a recibir esa suma. Lo que significa en la práctica que, si bien quien solicita el servicio conserva una constancia

cuya copia autoriza al banco para cargar en cuenta, si es su cliente, o se le expide un recibo como prueba de haber entregado los recursos, cuando se trata de un tercero no vinculado al banco, no es indispensable presentar la constancia ni el recibo para que el beneficiario, por lo general situado en plaza distinta, pueda demandar el pago. A éste le bastará identificarse, dando algunos datos sobre el monto de la suma que espera, el ordenante, etc., para que el banco proceda a realizar el pago.

En cambio, la expresión de giro suele circunscribirse a la hipótesis en la cual, existiendo también una solicitud de pagar al mismo ordenante o a un tercero, en esa u otra plaza, se expide un documento que va a servir de prueba para acreditar la condición de beneficiario de la suma respectiva. Cuando se quiere instrumentar en un título valor, con las ventajas y prerrogativas que ello implica y con los riesgos que naturalmente supone, el banco utiliza con frecuencia el sistema de expedir un cheque de gerencia o de caja, o sea, un cheque a su propio cargo, cuando el pago debe realizarse por una de sus oficinas o la emisión de un cheque a cargo de un banco corresponsal con el cual tiene cuenta, cuando en la plaza destinataria no tiene oficina propia. Este cheque puede ser a la orden del solicitante, como sucedería cuando piensa viajar a otro lugar y prefiere llevarlo en vez de numerario, o a favor de un tercero, en cuyo caso el dador de la orden recibe el cheque y lo envía a su beneficiario, para que éste proceda a cobrarlo en la plaza librada.

6. Tarjetas bancarias

Su estudio se vincula con la cuenta corriente bancaria porque los bancos limitan, de ordinario, su expedición a su propia clientela. Las de débito permiten cargar el saldo de la cuenta, simultáneamente con su utilización. Constituyen, como acabamos de decirlo, uno de los medios contemporáneos mas utilizados para que el depositante disponga de sus fondos.

Las tarjetas de crédito se ligan, en cambio, con las operaciones activas y permiten al banco obtener un préstamo, dentro del monto asignado a la línea de crédito contratada. Dada su cercana relación, entonces, con el contrato de apertura de crédito, estudiaremos el tema en el módulo III.

CASO PRACTICO DEL MODULO II**Cuenta Corriente**

El grupo Global, formado por varias compañías tiene relaciones de tiempo atrás con el Banco Santa Cruz, que ha establecido que todas las relaciones para obtener crédito se canalizarán a través de la tesorería general del grupo, esto es, que ninguna de las compañías individualmente consideradas está autorizada para tomar créditos.

Molinos el Viento, parte de dicho grupo, se entera el día tres del mes de Marzo que no tiene fondos suficientes en el banco para pagar cheques librados la víspera, esto es, que se encuentra en sobregiro y al investigar se percata de que en la semana anterior fueron pagados dos cheques que estima falsificados, circunstancia por la cual se produjo el sobregiro.

Hechos los estudios se encuentra que los cheques corresponden a la chequera original entregada a Molinos el Viento, que ellos corresponden a los registrados en el Banco, pero que las firman han sido falsificadas.

- a) Usted es el abogado de Molinos del Viento. Redacte en no más de una hoja (dos páginas) su carta de reclamación.
- b) Usted es el abogado del Banco. Redacte en no más de una hoja (dos páginas) su respuesta.
- c) Indique cuál sería su posición como juez frente al debate.

MODULO I¹**NEGOCIO FINANCIERO Y CONTRATACION****1. Dinero y títulos como objeto del mercado financiero²****1.1. Los antecedentes y la evolución histórica.³**

Estudiar el Derecho Bancario es reconocer, ante todo, la existencia de unas entidades denominadas bancos, en relación con las cuales los autores nos traen recuentos detallados y precisos sobre su evolución y antecedentes históricos. Su valor no sólo radica en la simple verificación de unos hechos y manifestaciones, sino en el reconocimiento de algunos antecedentes cardinales cuya importancia es innegable para el estudio de los distintos contratos e instituciones bancarias contemporáneos, así como de los títulos e instrumentos utilizados en esta actividad con más frecuencia.

Datan los antecedentes de los más remotos tiempos. Las investigaciones históricas, apoyadas fundamentalmente en la arqueología, han permitido constatar ejemplos de operaciones que hoy pueden considerarse bancarias y que se practicaban desde épocas muy antiguas. Por ejemplo, se afirma que en el Templo Rojo de Uruk, en la Mesopotamia, se encuentran rastros que permiten concluir que los sacerdotes recibían dones y ofrendas y prestaban parte a los esclavos

1. Este texto ha sido preparado por el autor con el propósito de facilitar el estudio del material jurisprudencial y doctrinario de consulta seleccionado por él para el curso llevado a cabo en San Salvador en noviembre de 2005, por invitación de la Secretaría Técnica de la Presidencia de la República y bajo la coordinación de la Escuela de Capacitación "Dr. Arturo Zeledón Castillo". La propiedad intelectual es de Sergio Rodríguez Azuero y su reproducción está estrictamente limitada a los alumnos del curso y de la Escuela, siendo expresamente prohibida, desde luego, cualquier reproducción, total o parcial, para terceros, a título oneroso o gratuito, sin expresa y previa autorización del autor.

2. Para este primer apartado deben consultarse las siguientes lecturas asignadas:
Legislación:

- EOSF: Artículo 7 literal j y artículo 146 #4.
- Ley 964 de 2005: Artículo 2do.
- Código de comercio: Título Tercero –De los Títulos Valores- Capítulo V.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo octavo, Título II, capítulo primero numeral 5. Doctrina:
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 212-232.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. Operaciones Bancarias. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985. Pág. 30-45. (Físico)
- DÍAZ RAMÍREZ, Carlos. Contratos bancarios. Editorial Temis 1993. Pág. 29-33. (Físico)

3. Tomado del libro del autor "Contratos Bancarios. Su significación en América Latina" 5ª. Edición. 2ª. Reimpresión. 2004. ps. 121 y ss

y a los prisioneros. Igualmente, se cita como antecedente muy destacado el denominado Código de Hammurabi en Babilonia, del cual se infiere que las actividades comerciales desarrolladas por sacerdotes y laicos y, más aún, las que podríamos llamar bancarias, habían adquirido tanta importancia que merecieron una detallada y prolija reglamentación.

En Grecia, en una economía en donde la moneda ya desempeñaba un papel muy importante, se conocieron y reglamentaron las labores de los “trapezitas”, propiamente prestamistas, y de los “colubitas”, cambistas, cuyas actividades florecieron en Atenas. Entre ellas merecen destacarse, como antecedentes del seguro marítimo, las operaciones de préstamo a la gruesa, consistentes en que el banquero entregaba al prestatario una suma que éste sólo devolvía si las mercancías llegaban a salvo a puerto.

En Roma, si bien los historiadores parecen coincidir en que en una primera etapa su organización inmobiliaria y formalista dio poca cabida a las regulaciones mercantiles, lo cierto es que, por lo menos a partir de los contactos con Grecia y el desarrollo de las relaciones con otros pueblos, aparecieron los “numularii”, cambistas, y los “argentarii”, propiamente banqueros. Como sus congéneres griegos, los romanos desarrollaban toda una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus clientes, liquidación de herencias por el sistema de remate, entrega de dinero a interés, testificación de contratos, recepción de depósitos, etc. A lo que puede agregarse el sistema contable, cuya evolución fue particularmente destacada.

Más adelante, como consecuencia de las invasiones bárbaras, se presentó una congelación en el movimiento comercial entre los pueblos de occidente que, además, se dificultó ante las prohibiciones de la Iglesia al reprobar como inmoral el préstamo a interés, lo que al decir de muchos explicó el notable desarrollo de esta típica operación bancaria entre pueblos no cristianos, especialmente los judíos. No obstante, las Cruzadas favorecieron el intercambio y la comunicación e impusieron a quienes se desplazaban en ellas la necesidad de transportar dinero y remitirlo a sus lugares de origen, presentándose un florecimiento de la actividad comercial y, por ende, de la bancaria. Se reconoce, por ejemplo, a los Templarios, caballeros banqueros, una función muy importante porque, sustentados en sus fuerzas militares, estaban en condiciones de garantizar no sólo el transporte de especies monetarias, sino su misma conservación, al recibirlas en depósito. Entre sus actividades estaba el alquiler de cajas fuertes a sus clientes, a quienes les daban una llave idéntica a la suya, antecedente incuestionable del moderno servicio de cajillas de seguridad. Un papel importante se les concede también a los orfebres, quienes trabajando con metales preciosos y ante los riesgos suscitados por el bandolerismo y la codicia general

que ellos despertaban, tuvieron que valerse de peculiares sistemas de protección y seguridad. En esta forma, al lado de su actividad principal, pudieron ofrecer, a quienes carecían de idénticas medidas de seguridad, las derivadas de sus propios sistemas, recibiendo sus especies preciosas en custodia, a cambio de las cuales expedían un certificado en el cual constaba su recibo, su posesión daba lugar a que, en ocasiones, el titular del depósito, en lugar de reclamar en forma directa los bienes para enajenados con posterioridad, transfiriera el documento a un tercero para que éste procediera, bien a demandar la entrega de los bienes, ya a negociar el título, a su turno, con otra persona. Pero al mismo tiempo, y en una forma empírica se constató que por esta vía los bienes y monedas entregados en custodia permanecían indefinidamente y en un volumen apreciable en manos de los depositarios, de donde, primero en forma censurable, pero después legitimada por su repetición, los orfebres comenzaron a transferir los bienes o a otorgar crédito con base en los depósitos en su poder. Todo esto permitió una utilización, por parte de los tenedores, de los certificados como instrumento de cambio, y de los depositarios, de los bienes recibidos como base para conceder crédito.

Continuando a saltos el proceso histórico, mencionemos cómo el desarrollo de las ferias medievales estimuló la actividad de los cambistas debido, en gran parte, a la diversidad de monedas y a la necesidad de reducir los riesgos de su traslado. A finales del siglo XIV y comienzos del XV aparecen diversos organismos financieros, desde los “Montes” para financiar las municipalidades, hasta bancos como la “Casa di San Giorgio”, en Génova.

Con el descubrimiento del Nuevo Mundo, la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamo, la banca adquirió una especial personalidad y se configuró con sus características modernas, dentro de las cuales se destaca la presencia del billete como forma monetaria, ya no vinculado a la existencia de unos determinados bienes en depósito, ni emitido tampoco a un beneficiario particular, sino expedido al portador, transferible por simple entrega y con la función primordial de instrumento cambiario. La banca contemporánea se caracteriza por integrarse dentro de un sistema que, como veremos, suele tener a su cabeza un banco central y está regido por normas particularmente estrictas.

Pero todo lo anterior, que puede consultarse con ventaja en numerosos autores⁴, resulta secundario frente al principio general que

4. CHACON, Néstor. Banca Central. Bogotá 1991. MARTINEZ, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario. Ed. Legis. Bogotá 2004. GAVIRIA, CADAVID, Fernando. Moneda, Banca y teoría Monetaria. Ed. Banco de la república. Bogotá 1997.

quisiéramos señalar en forma destacada para explicar lógicamente la existencia de la banca como concepto y, en especial, de la banca contemporánea. Para hacerlo tenemos que regresar un poco y precisar algunas naciones vinculadas a la historia de la moneda, que ya mencionamos rápidamente al hablar del Derecho Mercantil.

1.2 La noción del dinero y su papel en las economías monetizadas

La vigencia del denominado principio “de la división del trabajo” produjo el cambio y con él la circulación y distribución de la riqueza. En un primer momento dicho cambio se realizó por el simple sistema de trueque, vale decir, por el cambio físico de unas cosas por otras, con los innumerables inconvenientes que ello producía. Piénsese, por ejemplo, en la falta de coincidencia entre las necesidades recíprocas, en la desigualdad entre las cantidades disponibles para cambiar y en la inexistencia, entre otras, de un criterio de relación que permitiera evaluar el aprecio o contenido patrimonial que cada parte le atribuía a los bienes disponibles para ser cambiados. Ello originó la necesidad de establecer una medida a la cual pudieran referirse las cosas para apreciar su valor. Pero en esa tendencia fue preciso buscar una forma universal y representativa, es decir, aceptable para todos y de evidente contenido patrimonial, que permitiera descomponer el trueque en dos operaciones opuestas y complementarias, con relación a un patrón o medida de valor que sirviera de intermediario en los cambios.

Las distintas sociedades conocieron diversas formas de moneda. Los historiadores mencionan, entre otras, las pieles, los esclavos, el ganado, los tejidos, las maderas, etc. Dada entonces en cualquiera de estas organizaciones una medida de valor, era posible que, quienes inicialmente hubiesen tenido que optar por el trueque simple, pudieran estimar sus respectivos bienes en un valor, expresado en el tercer elemento, para poder precisar el “quantum” de la obligación, satisfacer los saldos que resultaran a favor de una de las partes, por tener sus bienes un precio superior al de la otra, etc. No se escapan, sin embargo, los inconvenientes que surgían por la posibilidad de destrucción, los gastos de conservación, las dificultades del transporte, la imposibilidad de fraccionamiento, la falta de rareza, la variabilidad en la cotización, etc. Deficiencias todas que permiten deducir y explicar lógicamente la necesidad de buscar una moneda que reuniera un mínimo de requisitos y salvara los anteriores inconvenientes. Es por ello, en contraste con lo visto, que la moneda, en su forma más universal, encontró su manifestación más aceptable cuando reunió las características de ser transportable con facilidad, indestructible, divisible, sin perder su valor como tal, homogénea, estable en su cotización y, en lo posible, de poco peso y volumen, para facilitar su circulación. Surgió así el concepto de moneda metálica, elaborada en metales preciosos y de demanda general, como el bronce, el plomo, el estaño, el platino, el oro o la plata, entre

otros. Todos con algunas dificultades derivadas de la variabilidad en su valor pero en general, susceptibles de brindar especies representativas aceptables y con las características que acabamos de mencionar.

1.3. Las distintas formas de dinero

a) Dinero metálico

Se reconoce, entonces, la importancia de la moneda metálica —en lo cual es preciso hacer énfasis— por tener un valor intrínseco, es decir, apreciable por sí mismo, pues cualquiera de los metales preciosos utilizados tenía y tiene aplicaciones industriales y comerciales que le confieren, por ellas solas, una específica significación patrimonial.

b) Dinero fiduciario

Sin embargo, el desarrollo de las operaciones mercantiles mostró que la moneda metálica si bien tenía ventajas indudables, soportaba aún serias limitaciones especialmente por las dificultades del transporte, cuando de grandes operaciones se trataba y había, en consecuencia, necesidad de utilizar un importante volumen de especies monetarias. Surgió entonces la denominada moneda de papel, título representativo de valor, ya no por atribuirsele una valuación concreta e intrínseca, sino por sustentarse en una valoración abstracta, resultante del respaldo brindado por la entidad emisora de la misma. Ahora bien, si la primera causa de la emisión de la moneda de papel fue la utilidad y necesidad de un sustituto a la metálica por su poca abundancia o por sus dificultades de transporte, lo cierto es que una segunda causa muy importante y origen de los principales trastornos en su utilización, surgió de la necesidad de proveerse de recursos extraordinarios, en particular por los Estados, cuando situaciones de emergencia, tales como las guerras, les obligaron a contar con mayor cantidad de moneda para adquirir los bienes y servicios extraordinarios, requeridos por las anómalas circunstancias propias de las contiendas. Y decimos que esta ha sido una de las causas principales de trastorno, por cuanto los Estados, abandonando las medidas de prudencia y de seguridad que requería la creación de un papel sin ningún contenido patrimonial intrínseco, emitieron en numerosas oportunidades cantidades exorbitantes de especies monetarias sin respaldo específico, lo que produjo, por definición, su envilecimiento y explica porqué en los sistemas contemporáneos la emisión de moneda, no solo se mantiene como monopolio estatal en forma prácticamente universal, sino se sujeta a rígidos principios de respaldo que garanticen a los particulares la solidez de la misma.

Surge de lo anterior el concepto de un sistema monetario en

el cual las disposiciones legales regulan la fabricación y circulación de la moneda y suelen referirla a un patrón, moneda propiamente o metal precioso, que sirve de comparación a las demás y de base al sistema. El más conocido en la actualidad, pese a las vicisitudes por las cuales ha atravesado en distintas épocas es el patrón oro, que en forma simple expresa la relación entre la moneda de cada país y la cantidad de oro que se encuentra en manos de la entidad emisora y que sirve de respaldo a la emisión de los billetes. Por mucho tiempo la existencia de este patrón monetario corrió aparejada con la de la “convertibilidad de la moneda”, entendiéndose por tal posibilidad de que gozaban los particulares de cambiar su papel moneda por la cantidad equivalente de metal precioso que la respaldaba. Hoy en día puede decirse que la convertibilidad se encuentra prácticamente abandonada en todos los países.

Tal vez resulte conveniente agregar la existencia, en cambio, de un principio que mantiene su vigencia y es el del “poder liberatorio de la moneda”, por lo menos dentro de los límites espaciales de la aplicación de la ley de cada Estado; principio según el cual la ley otorga a ciertas especies monetarias la virtud de que sean impuestas por los deudores a los acreedores a título de pago, de manera que con su entrega se satisfaga válidamente la obligación contraída.

Todo lo anterior, a pesar de lo sintético y desordenado, desde el punto de vista de la historia de la moneda y de la banca, se ha dicho para sustentar el principio cardinal de que una concepción de la banca, una explicación conceptual sobre su razón de ser y su vocación de permanencia, se encuentra sobre todo en reconocer que el mundo, desde hace mucho tiempo, gira en torno a un sistema monetizado y que dicho sistema no podría subsistir con suficiente eficiencia, sin la presencia de la banca como administradora de los recursos monetarios y, desde luego, beneficiaria de su empleo. Si quisiera expresarse la misma idea en otra forma se diría entonces que debe reconocerse que la banca ha existido y subsiste porque realizó las que podríamos llamar funciones primarias respecto a la moneda, o sea, su creación, traslado, cambio y custodia y que solo a partir de esa relación primera con la organización monetizada surgieron y se desarrollaron operaciones que hoy calificamos de bancarias y que, en últimas, en relación con las más importantes, no son nada distinto de la administración y aprovechamiento de esa moneda.

c) Dinero bancario⁵

A las formas anteriores podría agregarse su creación, ya no física, esto es acuñando moneda metálica o imprimiendo y emitiendo

5. “Contratos Bancarios” ps. 292 y ss.

moneda de papel, sino a través de la mecánica de la “creación secundaria”, con base en las disponibilidades para prestar que le dejan los depósitos realizados por su clientela. En efecto, el depósito dinerario en los bancos se ha calificado de “irregular” para indicar con ello que la entidad financiera se hace dueña de los recursos recibidos y, por consiguiente, puede disponer libremente de los mismos, con la sola obligación en su cabeza de devolver un tanto equivalente.

Lo anterior ha permitido sostener a algunos autores que la característica más importante de estos depósitos radica en la existencia de una doble disponibilidad. Dicha disponibilidad se predica, en forma simultánea y como curiosa consecuencia, de ambas partes intervinientes. En efecto, el cliente puede disponer de los recursos en cuanto existe un crédito a su favor, que será exigible de inmediato en los depósitos a la vista y que, aun en el caso de los depósitos a término, podría permitirle hacer lo propio si renuncia a los intereses derivados del plazo, en la opinión de numerosos autores, aunque la posición no es pacífica. Simultáneamente, el banco puede disponer y en efecto dispone de los recursos, colocándolos en operaciones activas de las cuales deriva su beneficio como intermediario financiero.

Este concepto jurídico de doble disponibilidad explica, de otra parte, el fenómeno económico llamado del “multiplicador bancario”. Cuando, con base en el depósito de su cliente el banco otorga un crédito y abona la suma resultante en otra cuenta, el recurso inicial se multiplica, pues habrá dos clientes que pueden disponer, en cierta medida, de una misma suma en forma simultánea. Lo que en otras palabras significa que, en virtud de dicho principio, los bancos influyen en el mundo económico a través de la creación de medios de pago, al habilitar a la comunidad para adquirir bienes y servicios por encima de las disponibilidades monetarias con las cuales contaban en un principio.

Un ejemplo permitirá ilustrar lo dicho: una persona deposita a la vista cien pesos en un banco y, por consiguiente, puede disponer de ellos en cualquier momento en su condición de acreedor. Al mismo tiempo, con base en la existencia de ese recurso, el banco, luego de dejar un veinte por ciento para atender las demandas ordinarias de su clientela, le presta ochenta pesos a un segundo cliente y se los abona en su cuenta corriente. Pues bien, entre ambos clientes pueden disponer de ciento ochenta pesos cuando el depósito inicial era tan solo de cien, con lo cual el banco ha ampliado la masa de recursos disponibles. Y puede continuar haciéndolo porque los ochenta abonados en cuenta aumentan sus depósitos o recursos disponibles en esa cantidad; si hace entonces otra deducción, que vamos a estimar también en veinte pesos, puede prestar a un tercer cliente la suma de sesenta pesos y así, en forma sucesiva, hasta agotar el saldo. Operaciones, todas, hechas con

base en la primera y sin un nuevo ingreso efectivo a las cajas de la entidad.

d) Dinero plástico

A la enumeración anterior debe agregarse la llamada “moneda plástica” en virtud de la cual es posible para los usuarios, utilizando tarjetas de crédito o débito, hacerse a efectivo realizar operaciones bancarias y satisfacer obligaciones monetarias a su cargo, con prescindencia de monedas metálicas, billetes o cheques.

En estricto rigor el “dinero plástico” no constituye un sucedáneo completo del dinero pues, entre otras, no puede usarse como unidad de cuenta o reserva de valor. Pero lo es, sin duda, en cuanto permite sustituirlo en la adquisición de bienes y servicios, esto es, como medio de pago. En la práctica, los plásticos pueden clasificarse en dos grandes grupos: los que se conectan a través de una red, de los que hacen parte las tarjetas crédito y débito y los que operan sin requerirlo como ocurre con los “monederos electrónicos” o las denominadas “tarjetas inteligentes”, que contienen en sí mismos el registro del valor disponible y que agotan progresivamente el saldo con su utilización, si bien cada vez son más los que pueden recargarse.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la actividad bancaria es universal, en el sentido de que cualquiera que sea el sistema político adoptado en un Estado, siempre y por definición, en cuanto la organización económica se sustente en un esquema monetizado, tendrá que existir obligatoriamente la banca y llevarse a cabo las operaciones que le son propias.

1.4. Los títulos valores

a) Noción

Una de las creaciones más significativas del derecho mercantil ha sido, sin duda, la de los títulos valores, sustitutos, en algunas de sus modalidades, del dinero como medios de pago. En general y siguiendo a Vivaldi, se ha dicho que son “los documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Con motivo de su emisión el derecho que los origina se incorpora de tal manera que, a partir de ese momento, no puede concebirse la existencia de aquel, sin la tenencia y exhibición del instrumento: “no hay derecho sin título ni título sin derecho”

b) Clasificación

La teoría general de los títulos-valores, y el desarrollo doctrinario

y jurisprudencial, indican que los mismos pueden clasificarse de muy diversa manera. Desde el punto de vista de la ley de circulación, se clasifican en nominativos, a la orden y al portador. Dentro de la moderna concepción de esta posibilidad tripartita, se entiende, por títulos al portador aquellos que se transfieren por la simple entrega. Son títulos a la orden los que se transfieren por endoso y entrega y, por último, son títulos nominativos aquellos que se transfieren por endoso y entrega como los anteriores, pero que implican, además, la necesidad de registrar dicha transferencia en los libros que, para tal efecto, debe llevar la entidad emitente de los mismos.

De donde puede entenderse sin dificultad el principio general de los títulos valores llamado de la "legitimación", que, desde el punto de vista activo, supone que una persona está autorizada de acuerdo con la ley de circulación del instrumento para cobrarlo o transferirlo válidamente. Siguiendo la secuencia que acabamos de presentar tendremos que en los títulos al portador estará legitimado para cobrarlo o transmitirlo quien lo tenga en su poder y lo presente o entregue, según el caso; en los títulos a la orden será tenedor legítimo quien figure como último endosatario de una cadena ininterrumpida de endosos, de manera que el deudor sólo podrá liberarse pagándole a él y, finalmente, será tenedor legítimo en un título nominativo aquel que lo presente y corresponda al último endosatario de una cadena ininterrumpida de endosos siendo su endosante quien aparezca por última vez registrado en los libros de la sociedad emitente, si se trata de verificar un nuevo registro o siendo él mismo quien allí aparezca, cuando de transferir el instrumento se trate.

Se clasifican igualmente y por razón de la naturaleza del derecho incorporado en títulos de contenido crediticio; títulos reales o representativos de mercaderías y títulos personales o corporativos. Los primeros se caracterizan por incorporar la obligación de pagar incondicionalmente una suma determinada de dinero y tienen como ejemplos mas representativos a la letra, el cheque y el pagaré. Los segundos incorporan el derecho de disponer de la mercancía, como ocurre con los certificados de depósito emitidos por los Almacenes Generales de Depósito o los conocimientos de embarque emitidos por el capitán del barco. Y los últimos reconocen una posición jurídica particular al tenedor legítimo frente a la entidad emitente, de manera que el derecho incorporado va mas allá del que literalmente se expresa y precisa acudir a los estatutos que la regulan para determinarlos con precisión. Por esta última circunstancia se dirá que son causales y no abstractos, como ocurre, por regla general, con los títulos valores, que no requieren una invocación de la causa ni requieren soportarse en ella para ejercer los derechos que confieren.

En el derecho de la contratación bancaria hay una clara cercanía entre los distintos contratos y los títulos valores que en ellos se emplean, para instrumentarlos o como objeto natural de los mismos, que en veces es forzosa como en el caso de los cheques. El contrato de mutuo suele plasmarse en un pagaré; el de descuento suele hacerse de letras y facturas; el crédito documentario no se entendería sin la presencia de conocimientos de embarque ni la intervención en el mercado de capitales sería concebible sin la emisión de bonos.

Dentro de esta estructura negocial no cabe la posibilidad de que el cheque revista la forma de título nominativo y, como consecuencia, la mayor parte de las legislaciones sólo permiten que él sea a la orden o al portador. Es en relación con la primera posibilidad que vuelve a plantearse el problema de la negociabilidad del instrumento por las razones que intentaremos explicar en seguida.

El endoso es la forma típica mediante la cual se transfieren los derechos derivados de un título valor a la orden. Como dice la doctrina, es una cláusula accesoria e inseparable del título por la cual el tenedor o acreedor cambiario coloca en su lugar a un tercero, con efectos limitados o ilimitados. Dentro de esta apasionante figura del derecho cambiario que explica, en buena parte, por sus ventajas sobre la cesión de créditos, el agilísimo papel que los títulos de crédito cumplen en la vida económica, existe un principio relacionado con la oportunidad del endoso, según el cual éste debe realizarse antes del vencimiento del título. De allí que buena parte de las legislaciones estatuyen que si se realiza el endoso con posterioridad al vencimiento, dejan de producirse los efectos peculiares y privilegiados que le son propios, para producir tan solo los efectos de una cesión ordinaria.

Dejando de lado la mecánica que pudiera imponerse al endoso como consecuencia de esta equiparación, recordemos que el endoso, por aplicación del principio general de la "autonomía", de los títulos valores, confiere al adquirente una propiedad originaria, por así llamarla, por oposición a la adquisición derivada, de manera que su titularidad es limpia, desprovista de los vicios o defectos de que hubiese podido estar afectado el título del tenedor anterior. En otras palabras, que contra el principio general según el cual "nadie puede transferir más derecho del que tiene", en los títulos valores se presenta la característica que acabamos de mencionar y que se traduce en que si un titular aparente del derecho lo era en forma precaria en el momento de transferir el instrumento, la posición del adquirente se mejora, por así expresarlo, y queda a salvo de la defectuosa configuración que podría predicarse de quien figuraba como su antecesor.

Este principio de la autonomía se traduce en que cuando una persona como tenedor de buena fe, es decir, que ha adquirido el título

regularmente y sin conocimiento de los vicios de que podía adolecer la posición de su antecesor, lo presenta para su cobro al obligado, éste no puede proponerle las excepciones que hubiera podido presentarle al endosante, o sea, a quien antecedió al tenedor. A menos que el endoso se haya hecho con posterioridad al vencimiento del título.

Un ejemplo será útil: una persona vende a otra su casa de habitación y el adquirente le paga todo o parte del precio aceptando una letra de cambio o librando un cheque a su favor. El beneficiario de una u otro puede, en un momento dado, incumplir su obligación de entregar la casa, supuesto en el cual y por aplicación de un principio general de derecho, el comprador estaría relevado en forma temporal de su obligación de pagar el precio, pues en los contratos bilaterales ninguna de las partes está obligada a cumplir si la otra previamente no lo ha hecho o no se ha allanado a cumplir.

Ahora imaginemos que el vendedor, quien ha recibido el cheque, lo había transferido por endoso a un tercero y éste se presenta a cobrarlo al comprador. Pues bien, el comprador no podrá abstenerse de pagar con el argumento de que el vendedor no le ha entregado la casa, cuya compra originó el giro del cheque, pues esa circunstancia anterior es ajena a la posición del tenedor. Este adquiere el título en forma autónoma y no pueden proponérsele las excepciones que el deudor tuviera contra la parte anterior, en este caso contra el vendedor del inmueble. O para presentarlo en otras palabras, si se tratara del vendedor cobrando el cheque, el comprador podría proponerle la excepción consistente en el no cumplimiento de sus obligaciones. Esta excepción que prosperaría contra el vendedor no podrá prosperar contra el tercero adquirente del título.

Todo viene a cuento para explicar que la más importante diferencia procesal entre el endoso y la cesión se traduce en la posibilidad o imposibilidad de proponer excepciones derivadas de relaciones anteriores. Pues bien, el problema que se plantea en el caso de los cheques es en apariencia sencillo, pero no deja de tener sus aspectos complicados: si el cheque por definición es un título a la vista, es decir, exigible desde el mismo momento de su nacimiento, podría afirmarse que se trata de un título que nace vencido o que está vencido desde su propio nacimiento. Y si realmente así fuera, podría sostenerse que el endoso no gozaría entonces de las prerrogativas propias de ésta institución sino, en el mejor de los casos, de los efectos de una cesión, con las naturales implicaciones para el último tenedor, quien vería su posición desmejorada. Interpretación ésta que acabaría, en la práctica, con la negociación del cheque por cuanto nadie estaría interesado en recibirlo por la vía del endoso a sabiendas de que su posición sería inferior a la de un endosatario ordinario.

Este problema ha sido solucionado en dos formas: por expresa disposición de la ley, al permitir que el cheque pueda ser negociado hasta antes de la fecha prevista como posible para su presentación, o por interpretación doctrinal que ha conducido a idéntica conclusión. La única diferencia entre una y otra puede encontrarse en que cuando la ley lo ha permitido el endoso puede tener una fecha ulterior a la de la creación del cheque, que si es anterior a la del plazo límite para su presentación será suficiente para tener el endoso como regular y realizado en debida forma.

En cambio, cuando se trata de una conclusión doctrinaria existe la dificultad de que si el endoso es posterior a la fecha de creación, un juez podría sostener, con razón o sin ella, que se trata de un endoso posterior al vencimiento, con las consecuencias ya vistas. Para evitar al máximo esta posibilidad podría verificarse el endoso sin fecha y presumirse que se realizó en forma simultánea con la creación del cheque. Es obvio, en todo caso, que la solución por vía doctrinal es menos segura que la derivada de una disposición legal expresa.

c) Presentación para el pago

Dependiendo de la forma de su vencimiento, las legislaciones establecen diverso plazos para su presentación a fin de que los mismos sean pagados. Se trata normalmente de plazos cortos que se tornan brevísimos cuando del cheque se trata.

Si el cheque es una orden de pago librada contra el banco es forzoso que el cumplimiento de la misma implique la presentación del título al banco destinatario. No se concibe, en efecto, otra forma para que éste pueda enterarse de la orden librada en su contra. La presentación del cheque puede hacerse directamente por el beneficiario, mediante su exhibición en las ventanillas o cajas del banco para demandar el pago en efectivo, o a través de otro banco situado en la misma plaza o en otra distinta. En este último caso, el banco depositario lo presenta al librado, en lo general y en las ciudades donde tal sistema se encuentra establecido, a través de la denominada cámara de compensación a la que ya nos referiremos mas adelante en el programa. Por ello, el proyecto INTAL (Proyecto Uniforme de Títulos Valores preparado a instancias del Instituto para la Integración de América Latina) y varias legislaciones, han previsto que la presentación del cheque en cámara de compensación producirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado.

Para ser consecuentes con la función instrumental de medio de pago que de ordinario cumplen los cheques, la mayor parte de las legislaciones se inclina por establecer plazos brevísimos de presentación que pueden oscilar alrededor de un mes, para dar un ejemplo, y que

están destinados a reafirmar el principio de que los cheques se libran para ser cobrados y no para conservarlos en poder del beneficiario.

La importancia de la existencia de un plazo para la presentación del cheque radica en la determinación de los efectos que su incumplimiento produce para el tenedor. Podemos afirmar que, en general, la sanción que se deriva de tal omisión es la pérdida de las acciones cambiarias derivadas del título valor, contra todos o algunos de los obligados, que puede ser catastrófica en los sistemas en los cuales la suerte de la acción causal, es decir, de la derivada del negocio jurídico que dio origen a la emisión del cheque, se encuentre ligada a la de la acción cambiaria, porque en este supuesto la extinción por caducidad de la última hará desaparecer, así mismo, la posibilidad de ejercitar la primera. Este supuesto contradice la posición doctrinal más generalizada según la cual una de las manifestaciones de independencia entre las acciones cambiaria y causal consiste en que de cada una de ellas se predican en forma separada los términos de prescripción y caducidad que les son propios.

La Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque, por ejemplo, establece en su artículo 40 que la viabilidad de las acciones cambiarias depende de haber sido presentado el cheque en tiempo hábil y verificarse tal circunstancia por un acto auténtico (protesto) o "por una declaración fechada de una cámara oficial de compensación, en que conste que el cheque ha sido enviado en tiempo hábil y no ha sido pagado".

El proyecto INTAL⁶, establece una solución dual. En efecto, en su artículo 120 estatuye que "la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del librado, y por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse". Esto significa que la simple falta de presentación y protesto en tiempo no produce la caducidad de las acciones sino cuando durante el plazo de presentación hayan existido fondos suficientes y el cheque no haya dejado de pagarse por una causa imputable al librador. En el inicio, sin embargo, reitera el principio ginebrino en relación con los demás signatarios respecto a los cuales la caducidad se produce por "la simple falta de presentación o protesto".

La legislación italiana, por el contrario, establece que el tenedor no pierde sus acciones contra el librador "aunque el cheque no haya sido presentado en tiempo, y no se haya practicado el protesto o la comprobación equivalente". Agrega, sin embargo, que si con

6. Se conoce con este nombre el proyecto uniforme de Títulos-valores preparado por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, a instancias del Instituto para la Integración de América Latina, INTAL.

posterioridad al plazo de presentación la disponibilidad de la suma llegase a faltar "por hecho del girado" se pierden tales derechos. Supuesto este que parece referirse al caso de que el banco quiebre.

En todo caso, puede sostenerse que la no presentación en tiempo puede traducirse en la pérdida de las acciones contra el librador y los demás endosantes.

d) Protesto

El protesto, en términos generales, es la diligencia en la cual se deja constancia sobre el no pago de un título valor y las circunstancias o razones de tal negativa. Tradicionalmente, en especial con la letra de cambio y los demás títulos por ella disciplinados, supone la realización de una diligencia notarial con presencia del obligado en la cual se deja constancia de las razones del no pago. La constatación en América Latina de la tendencia a excusar el protesto, consagrada como posibilidad en muchas legislaciones, llevó al Proyecto INTAL a establecer en su artículo 85 un principio inverso consistente en que "el protesto sólo será necesario cuando el creador de la letra o algún tenedor, inserte la cláusula con protesto, en el anverso y con caracteres visibles". De todas formas, aun en el sistema del INTAL, no es evidente que esta disposición sea aplicable al caso de los cheques para los cuales, en cambio, se ha consagrado un sistema expedito consistente en que la anotación que el banco o la cámara de compensación pongan de haber sido presentado el cheque en tiempo y no pagado, total o parcialmente, surtirá los efectos de protesto.

e) Acciones cambiarias

La acción cambiaria es aquella de la cual goza el tenedor de un título valor para exigir el cumplimiento de los derechos en él incorporados. Cuando se trata de un título valor de contenido crediticio, como el cheque, la acción cambiaria está dirigida a obtener el pago en el supuesto de que, presentándolo en tiempo, no sea satisfecho por el banco librado. En general, la doctrina y las legislaciones distinguen entre la llamada acción cambiaria directa, que es aquella que se dirige contra el principal obligado o sus avalistas y acción cambiaria de regreso que es la que se intenta contra cualquiera de los demás obligados, como los endosantes.

En el caso del cheque se ha llegado a la conclusión de que no cabe el ejercicio de la acción cambiaria directa, en los sistemas en los cuales ella solo puede intentarse contra el otorgante de una promesa de pago o el aceptante de una orden de pago, salvo en el caso de los cheques certificados. Y no cabe por la sencilla razón de que, como se

dirá, el cheque jamás es aceptado por el banco, de manera que si en las órdenes de pago el concepto de principal obligado se identifica con el aceptante y la noción se aplica al cheque por invocación legislativa o por interpretación doctrinal, tendríamos que en él solo caben las denominadas acciones de regreso.

La anotación tiene un contenido práctico indiscutible porque de ordinario la acción cambiaria directa está sometida a un término de prescripción mucho más amplio que el de la acción cambiaria de regreso. Sirva de ejemplo lo establecido por el proyecto INTAL, en sus artículos 240 y 241, de cuya lectura se deduce que la acción cambiaria directa para los títulos valores prescribe en tres años a partir de la fecha de vencimiento, mientras la acción cambiaria de regreso prescribe en un año desde la fecha del protesto o del vencimiento si el título fuere sin protesto y, en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación. A lo que se agrega que la acción del obligado de regreso que paga contra los demás obligados prescribe en seis meses desde aquel momento o desde la notificación de la demanda. Para el caso del cheque, el artículo 121 prevé que las acciones cambiarias prescriben en seis meses "contados desde la presentación, las del último tenedor, y desde el siguiente a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y los avalistas".

Por consiguiente, ya que en una determinada legislación se establezca o deduzca que no existe acción cambiaria directa en el caso del cheque, caso en el cual la acción de regreso tiene un término de prescripción más corto, bien que la legislación prevea un término particular de prescripción para sus acciones cambiarias, se concluye que este término suele ser inferior al previsto para los demás títulos valores y desde luego, al establecido para la acción cambiaria directa, en casos como el de la letra de cambio.

Como ya observamos, los presupuestos lógicos para el ejercicio de las acciones cambiarias son la presentación y el protesto del título respectivo. Igualmente dijimos que contra las acciones cambiarias sólo pueden proponerse, las excepciones taxativas que ha consagrado la ley, con el objeto de dotar al título valor de todas las garantías de certeza y seguridad con que deben contar los adquirentes para que su circulación se vea favorecida.

A lo cual debe agregarse que, en la mayoría de las legislaciones, los títulos valores suelen ser reconocidos como aquellos que aparejan ejecución, es decir, en los cuales se incorporan obligaciones ciertas e indiscutibles a cargo de un deudor, de manera que el ejercicio de la acción ante los poderes estatales no está orientado a que éstos reconozcan o no la existencia de un derecho sino que, partiendo de la base de que

él existe y aparece suficientemente probado en el título que se presenta, corresponde más bien demandar medidas cautelares dirigidas a sacar del comercio algunos bienes del deudor para que, en caso de que éste no pague, sea posible ordenar su remate y con el producido o mediante su adjudicación satisfacer la obligación incumplida.

Un último comentario para volver sobre la hipótesis excepcional en la cual cabría el ejercicio de la acción directa contra el banco. Ella está constituida por el supuesto de la certificación de un cheque en el cual el banco se obliga en forma directa frente al tenedor y, por consiguiente, en el remoto supuesto de que el cheque no fuera pagado a su presentación, el banco tendría que soportar en su contra la acción directa ejercitada por el tenedor.

2. Disposiciones generales aplicables a la contratación ^{7 8}

2.1. Noción del contrato

El acto jurídico reviste dos modalidades bien precisas: en primer término puede consistir en la manifestación de una sola voluntad, mediante la cual una persona determina la producción de efectos jurídicos a cargo o en provecho suyo y cuya principal representación está constituida por el testamento. O puede consistir en la manifestación o el acuerdo de dos o más voluntades que buscan la consecución de un mismo logro y que se califica como acto bilateral o plurilateral. Los dos ejemplos más destacados del acto jurídico bilateral son el contrato y la convención.

El contrato y la convención se relacionan con una diferencia de especie a género, en cuanto por contrato se entiende una forma de convención encaminada específicamente a la creación o constitución de obligaciones, mientras que la convención es el acuerdo de voluntades dirigido a la producción de un efecto cualquiera, es decir, a la creación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

7. Para este apartado deben consultarse además :

Legislación:

- Código Civil: Artículos 1502, 1508-1526, 1602-1607, 1612-1616, 1617, 1625, 1630-1652.
- Código de Comercio: Artículos 1, 2, 822-831, 864-872, 882-886, 897-904.
- EOSF: Artículos 7, 12, 24, 27, 29, 30, 31, 33, 36 y 38.
- Circular Básica Jurídica: Título II, Capítulo primero, numeral 1 y Título V, capítulo I.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 169-196.

8. Tomado en lo fundamental del libro "Negocios Fiduciarios. Su significación en América latina" Editorial Legis, Bogotá. 1ª. Edición. 2005. ps. 133 y ss.

2.2. Eficacia de los actos jurídicos

La existencia y validez de los contratos estaban subordinados en la teoría clásica a la presencia de un conjunto de elementos considerados esenciales, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Requisitos a los cuales se agregaba la necesidad de que los contratos se adecuaran a los ordenamientos de las disposiciones que tutelan el orden público y las buenas costumbres, de una parte y al reconocimiento y guarda de las formas establecidas por la ley, como necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

En una concepción más moderna podría decirse que existencia, validez y oponibilidad son requisitos de eficacia de los actos jurídicos, como lo veremos enseguida.

a) Requisitos de existencia.

(i) Voluntad

El acto jurídico nace de una manifestación de voluntad, del querer de una persona enderezado a la producción de una determinada consecuencia. Así concebida, se trata de manifestación del querer individual o aislado del agente. Dotada de los requisitos de intención de obligarse, destinación específica y concreción, se convierte en una oferta, como punto preliminar que hace parte esencial del proceso dinámico de formación del negocio jurídico, trátase de convención o contrato. Para que una u otro nazcan es preciso, además, que se exprese o pueda deducirse el consentimiento del destinatario. Este recoge o refleja el punto de contacto donde las voluntades se hacen coincidentes y puede hablarse con propiedad del acuerdo. El consentimiento es necesario entonces, tanto para la conclusión del contrato como para la precisión sobre su contenido.

La voluntad, que hemos llamado consentimiento en el caso de los contratos, se manifiesta en cada contratante por signos externos que pueden ser expresos, como las palabras, los escritos, etc., o tácitos, es decir, conductas de las cuales puede inferirse inequívocamente una determinada manifestación de voluntad. Debe anotarse al respecto que esta segunda posibilidad solo cabe, en la práctica, en los contratos consensuales, que se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades sobre los elementos fundamentales del contrato y no en el de los solemnes, cuyo nacimiento se liga al cumplimiento de una formalidad, como ocurriría con la forma escrita o con los denominados reales cuyo perfeccionamiento implica la entrega de la cosa, pues en ambos casos la existencia no puede inferirse de evidencias que indiquen el propósito

de convenir en un determinado sentido, pues ellas resultarán inanes si la forma o la entrega no se dan. Y este tema es relevante porque no pocas legislaciones exigen la forma expresa y escrita, en general o para negocios como el fideicomiso o que recaigan sobre cierta clase de bienes como los inmuebles.

El acuerdo de voluntades, a su turno, surge de un proceso que se inicia con la oferta o invitación a contratar que, como toda manifestación de voluntad puede ser expresa, cuando está directa y categóricamente dirigida a formular la invitación respectiva o tácita o implícita cuando se deduce de la conducta del individuo, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando un banco que presta los servicios habituales en la plaza tiene abiertas sus puertas al público. Los transeúntes, no importa si tienen o no relación directa con el establecimiento, entienden que hay una tácita oferta a negociar en el sentido de utilizar los distintos servicios que se han puesto a disposición del público, siempre que se llenen los requisitos y acrediten las calidades que el banco exige de sus clientes. Esta oferta puede dirigirse a una persona determinada, es decir, puede tratarse de una oferta particular o bien dirigirse al conglomerado, a la comunidad en general, como sucede cuando una entidad financiera decide hacer una emisión de bonos, obligaciones o debentures, caso en el cual la oferta se cursa a un número indeterminado y desconocido de suscriptores. Cualquier individuo que quiera prestar su dinero en las condiciones y términos contemplados en el contrato de emisión, puede recoger la oferta y concluir en esta forma el contrato. O lo que ocurriría con la sociedad fiduciaria que ofreciese al mercado un fondo de inversión. La aceptación por su parte es individual y producida ella se concreta la coincidencia de voluntades que, expresada en la forma prevista por la ley, da lugar al nacimiento del contrato.

Sobre el tiempo y lugar donde se perfecciona el contrato, cuando se trata de acuerdo entre ausentes, existen dos grandes sistemas: el primero sostiene que el contrato se perfecciona en el momento y lugar en que el destinatario de la oferta expresa su aceptación; el segundo, en cambio, afirma que es preciso que el oferente conozca a su turno la aceptación que ha correspondido a su propuesta, en cuyo caso sólo se perfeccionaría el contrato cuando el oferente fuese debidamente enterado.

Una última observación que puede tener un interés particular en el estudio del negocio jurídico dice con la denominada aceptación por el silencio. En principio la aceptación, como cualquier otra manifestación de voluntad, puede ser expresa o tácita. En general las legislaciones y la doctrina rechazan el silencio puro y simple como forma de expresar la voluntad y, consecuentemente, como forma de aceptar la oferta que se haya recibido. Sin embargo, debe tenerse en

cuenta que algunos contratos bancarios, son típicos contratos por adhesión. Tal ocurre en Colombia con el contrato de cuenta corriente bancaria o con los denominados Fondos Comunes Ordinarios o Especiales, para poner dos ejemplos. Los clientes contratan con las instituciones con base en los reglamentos generales que éstas tienen establecidos y que partiendo de la ley regulan íntegramente la relación contractual, por lo que el tema del silencio puede tener interés por lo que dice con las ulteriores modificaciones del contrato, como lo veremos un poco mas adelante.

Digamos, por último, que para que el consentimiento tenga eficacia jurídica, es preciso que se exprese, no sólo con pleno conocimiento, sino con voluntad libre, esto es, que dicho consentimiento no adolezca de vicios.

(ii) Objeto

En estricto rigor, entiéndese por objeto el contenido propio del contrato, vale decir, las obligaciones surgidas del mismo, si bien, en la práctica legislativa y doctrinaria, se habla de objeto del contrato refiriéndose al objeto propio de las obligaciones, o sea, las prestaciones positivas o negativas que se esperan de los contratantes, como consecuencia de los compromisos contraídos.

El objeto debe existir en el momento de la celebración del contrato, aunque las legislaciones admiten que se realicen contratos en relación con cosas futuras, es decir, cosas de las cuales se espera su existencia en el momento en que habrá de ejercitarse el derecho correspondiente. Del objeto se predicen, como características, el que debe ser útil, determinado, posible y lícito. La utilidad toca con la seriedad misma del contrato, en la medida en que las prestaciones de las partes deben tener un contenido específico desde el punto de vista patrimonial. Debe ser determinado o determinable de manera que no quepa duda sobre la existencia de obligaciones precisas a cargo de las partes. El concepto resulta obvio en cuanto a cuerpos ciertos y, cuando de cosas de género se trata, la determinación de las mismas, se hace a través de la precisión sobre su cantidad y calidad. El objeto debe ser, asimismo, posible, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista jurídico. La posibilidad física o material dice con la existencia misma del bien en la naturaleza, con la salvedad hecha en relación con las cosas futuras. El tema es importante en materia de fiducia pues no todas las legislaciones lo regulan expresamente. La jurídica toca con la existencia de los bienes en el comercio, es decir, su posibilidad de ser negociados por los particulares, concepto que, por la negativa, se deduce mejor del reconocimiento de bienes que se encuentran fuera del comercio, por su naturaleza misma o por disposición de la ley. Ello puede suceder, para el último caso, con los bienes de uso

público, no susceptibles de enajenación por parte de los particulares o aquellos que, estando trabados dentro de un proceso judicial, han sido embargados y secuestrados y, por consiguiente, sacados del comercio. El objeto, por último, es ilícito, cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, como sería negociar con un derecho político, como el derecho al voto, con la observación, tan solo, de que, para algunas legislaciones y doctrinas, es también objeto ilícito el que se refiere a bienes que se encuentran fuera del comercio, mencionados antes como bienes imposibles, desde el punto de vista jurídico.

(iii) Causa

La causa reviste dos modalidades o conceptos, la llamada causa objetiva y la denominada subjetiva. La primera suele expresarse como la de la obligación, antes que la del contrato y en los negocios jurídicos bilaterales está constituida, para cada uno de los contratantes, por la obligación que el otro asume. En los contratos unilaterales, al decir de los autores, la causa no radica en el contrato mismo sino en el hecho antecedente que origina la obligación, como sucedería en el caso del contrato de mutuo, en el que la causa de la obligación de devolver la suma de dinero sería el haberla recibido de manos del prestamista. Desde este punto de vista se sostiene que la causa debe ser existente. Pero además se afirma que la causa debe ser lícita y, en este caso, se refiere más a la causa subjetiva, entendiendo por esta la causa impulsiva y determinante, o sea, aquella que induce a una parte a contratar. Por este particular, la causa ilícita puede coincidir, a veces, con el objeto ilícito, pero, para distinguirlas precisamente, puede concebirse un contrato cuyo objeto sea lícito, por ejemplo, dar en arrendamiento una casa de habitación, pero para una finalidad prohibida por el orden público o las buenas costumbres, como podría ser la instalación en ella de una casa de lenocinio, en la medida en que esta posibilidad estuviese prohibida por la ley.

(iv) Forma impuesta

El contrato, por otra parte, debe llenar las exigencias legislativas relacionadas con su forma. En este aspecto y por excepción al principio general del consensualismo, según el cual los contratos se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades, las legislaciones consagran, habitualmente, dos clases de formalidades específicas: las que existen en los denominados contratos reales y las que aparecen en los llamados contratos solemnes. Son contratos reales aquellos que sólo se perfeccionan por la entrega de la cosa, como sucede, por ejemplo, con los contratos de depósito o comodato. Son contratos solemnes, por su parte aquellos para cuyo perfeccionamiento se exige una forma particular, bien la simple forma escrita ya una escritura auténtica, que deriva esta calidad de haber sido otorgada ante un funcionario público habilitado para dar

fe sobre las convenciones celebradas entre particulares. En este punto hay que distinguir entre las formalidades establecidas en verdad como tales, es decir, como requisitos esenciales para el nacimiento del contrato y las que sólo se establecen por la ley como un medio de prueba, esto es, como un instrumento idóneo y exclusivo, en principio, para poder acreditar su celebración. En este caso, la diferencia fundamental estriba en que la omisión de las primeras produce la inexistencia o nulidad absoluta del contrato, según la legislación aplicable, mientras en las segundas se dificulta la prueba, en relación con la amplia gama de posibilidades con que cuentan, en principio, las partes, pues las formalidades “*ad probationem*” excluyen otra clase de pruebas para acreditar la celebración del contrato.

(v) Elementos de la esencia

Las legislaciones, al tipificar los contratos, establecen, naturalmente, los elementos o cosas sin cuya presencia no producen efecto alguno o degeneran en otro contrato, produciéndose, en este caso, la denominada conversión del negocio jurídico.

Esta última supone, en lo fundamental, que ante un negocio que estaría llamado a desaparecer por razones de ineficacia, en sentido lato, cabe su rescate si del mismo pueden predicarse los requisitos esenciales de otro contrato y este último resulta compatible con el propósito negocial de las partes. No hay posición pacífica en la doctrina sobre su aplicación cuando se trate de un negocio que sería calificado de inexistente y el tema, desde luego, depende, en últimas de cada solución legislativa. Pero podríamos simplificar diciendo que, en todo caso, no sería de aplicación en los eventos de que en esa hipótesis o en la de la nulidad absoluta, la glosa o carencia no fueran saneables.

b) Requisitos de validez

(i) Capacidad

Hemos dicho que la capacidad es la aptitud de que gozan todos los sujetos de derecho, personas jurídicas o naturales, para adquirir derechos y contraer obligaciones. Agregamos que esta noción de capacidad corresponde a la que los autores han distinguido con el apelativo de capacidad de goce común y connatural a todos los sujetos de derecho, mientras limitan el concepto de capacidad de ejercicio para expresar la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos. Basta decir ahora, que la capacidad es el principio general y que, por excepción, surge la noción de incapacidad, cuya importancia más destacada aparece al estudiar las condiciones de ineficacia de los contratos.

(ii) Objeto lícito

No basta, como ya lo anotamos, que pueda reconocerse en el negocio un objeto. El debe ser lícito, no ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. Por eso se ha dicho que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público y, en general, en todo contrato prohibido por las leyes.

Sobre el particular la doctrina ha recordado que no se trata de la calificación de las “cosas” objeto de los contratos, sino “su destino... y los actos que sobre ellos (se) realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos”.

Por ejemplo, las legislaciones sobre fiducia suelen prohibir la celebración por esa vía de contratos que no le fuese lícito al fideicomitente realizar de manera directa, para evitar que el mecanismo se constituya en medio empleado para hacer fraude a la ley. Pero el tema debe revisarse con cautela porque hay posibilidades que la ley cercena a una persona por razones vinculadas al tipo de normas particulares que ella debe soportar por razón de su responsabilidad u oficio. Pero que en si no entrañan descalificación objetiva del acto pues el mismo resultaría ajustado a los intereses superiores de la comunidad, la moral y las buenas costumbres. Se trata entonces de inhabilidades subjetivas, en virtud de las cuales un funcionario público, por ejemplo, no podría disponer de una partida para una finalidad no prevista en el presupuesto, por plausible o justificada que pareciera pero un particular, en cambio, un fiduciario, en concreto, podría asumir a su cargo la obligación de emplear los recursos necesarios para la consecución del propósito, como parte de la contraprestación que recibe por su desempeño.

(iii) Causa lícita

Igual afirmación puede hacerse en punto a la causa. Considerada como subjetiva su eventual ilicitud supone que el motivo determinante resulte prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público⁹.

(iv) Inobservancia de la totalidad de las formas

Puede ocurrir que se haya cumplido con la solemnidad prevista por la ley en un caso concreto y pueda concluirse, por ende, que el acto o contrato han nacido a la vida, pero que se haya omitido un requisito

9. . Colombia. "... Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. ..." (Artículo 1524 del Código Civil)

que conduzca por ello a tenerlo por irregular, caso en el cual no se tendrá como válido o derivará en otro, como lo vimos al mencionar la teoría de la conversión.

c) Requisitos de oponibilidad

En veces la ley o las partes exigen que se cumplan requisitos adicionales, ya no para reconocer la existencia o validez del contrato sino para hacerlo oponible a terceros, esto es, para dotarlo de publicidad. Esta hipótesis es de señalada importancia en el derecho mercantil en cuanto exista un registro público de comercio en el que tanto tengan que matricularse los comerciantes o sus establecimientos como deban inscribirse ciertos actos o contratos, justamente, para hacerlos conocer presuntamente a terceros. Tal ocurre en algunos países con los contratos de fideicomiso y, aun, con los profesionales que en esa forma se dedican a actuar como fiduciarios.

2.3. Ineficacia de los contratos

Se entiende por ineficacia de los contratos – en sentido lato – el conjunto de supuestos, en virtud de los cuales el acto jurídico no produce efectos o produciéndolos, están llamados a desaparecer. En otras palabras, existe un conjunto de requisitos imprescindibles o esenciales cuya falta total o parcial determina la imposibilidad de que el contrato nazca a la vida jurídica. Sin embargo, aun reuniéndose, puede acaecer que el contrato adolezca de algunas fallas o defectos, en razón de los cuales puede desaparecer, como consecuencia de las acciones que contra ellos se adelanten o las decisiones judiciales que así lo reconozcan.

Esta ineficacia, sin embargo, reviste distintos grados que, en lo general, se clasifican en dos: inexistencia e invalidez, predicándose de esta última, distintos supuestos, en especial la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Algunos autores incluyen como causal de invalidez la denominada rescisión por lesión enorme que es una particular forma de terminar los contratos. En relación con la inexistencia misma hay que repetir, que no todas las legislaciones admiten el concepto por lo cual y aun cuando la tendencia contemporánea parece ser la de reconocerla, esos sistemas involucran los supuestos de existencia en los de nulidad absoluta. Debe observarse, sí, que la inexistencia como concepto resulta un tanto etérea, pues sólo tiene verdadera relevancia jurídica si una autoridad jurisdiccional así lo concluye, es decir, determina que un cierto acto o contrato es inexistente, por no poderse predicar de él los requisitos o elementos mínimos que se consideran esenciales para su nacimiento.

Existen regulaciones en la legislación mercantil que califican como ineficaces casos particulares, con efectos similares a los de la inexistencia, pero con diferencias conceptuales notorias¹⁰. A las glosas que el tema ha merecido se suma la circunstancia, a todas luces excepcional, de que ciertas autoridades administrativas puedan declararlas.

a) Inexistencia

Como dijimos, la inexistencia supone que no exista siquiera un principio de contrato, por faltar alguno de los elementos esenciales exigidos por la ley. Significaría, además, que el pretendido contrato o acto jurídico, en general, no puede producir efectos y que, como consecuencia, de haberse producido, la declaratoria de inexistencia llevarla a anularlos y retrotraer las cosas al estado anterior. Sin embargo, la debilidad de la figura conceptual se muestra aquí patente, por cuanto si se trata de un contrato de los llamados de tracto sucesivo, como el arrendamiento y ha transcurrido un tiempo de manera que el arrendatario ha gozado del bien y el arrendador recibido el precio o canon convenido, la declaratoria de inexistencia sólo puede producir efectos pro-futuro. Por este aspecto, se equipara en sus efectos a la nulidad absoluta y requiere, como ella, para que produzca verdaderos efectos, de una declaración judicial.

En general, la inexistencia surge de las siguientes tres causas: en primer término, la falta de voluntad o ausencia absoluta de consentimiento, bien porque no exista una voluntad consciente, ya porque se haya incurrido en un error sobre la naturaleza del contrato o la identidad misma del objeto. En segundo lugar, cuando se encuentre una ausencia de objeto por indeterminación o imposibilidad del mismo. Y por último, si existe un defecto de forma en los contratos solemnes o falta un elemento esencial del contrato.

b) Invalidez

La invalidez, a diferencia de la inexistencia, parte de la base de reconocer que el acto o contrato nace a la vida jurídica, pero afectado, en tal forma, que está condenado a desaparecer o, por lo menos, potencialmente puede ser destruido por una decisión judicial. Como decíamos, las formas principales de la invalidez son la nulidad, absoluta o relativa, y, para algunos autores, la rescisión.

¹⁰. Colombia. Tal ocurre, por ejemplo, con la adquisición de más del 10 % de las acciones de una entidad financiera, sin haber obtenido previamente la autorización de la Superintendencia Bancaria. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 88)

(i) Nulidad absoluta

La nulidad absoluta se caracteriza por descansar en un interés público, de manera que puede invocarse por cualquier persona interesada y, aun, ser declarada de oficio por el juez. En algunos sistemas, incluso, puede invocarse por cualquier tercero y por el ministerio público, en defensa del interés general.

La nulidad absoluta se produce, en general, por una o algunas de las siguientes circunstancias: desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, por predicarse de alguno de ellos la incapacidad absoluta en los términos que tuvimos ocasión de estudiarlo. También se presenta cuando el objeto o la causa son ilícitos o inmorales. Y, por último, cuando habiéndose llenado las solemnidades previstas, adolece, sin embargo, de algunos defectos, no tantos como para sustentar la inexistencia pero suficientes para invocar la nulidad o, en general, cuando existe una inadecuación del contrato a los principios generales de orden público y de buenas costumbres.

En principio las nulidades, aun las absolutas, pueden sanearse por ratificación o prescripción, salvo las originadas por objeto o causa ilícitos que no son ratificables. Dado el interés público ínsito en su concepción, su declaratoria puede ser pedida por cualquier persona y, desde luego, por el Ministerio Público y debe ser declarada de oficio por el Juez, de encontrarla acreditada en un proceso.

- Incapacidad

La incapacidad, excepción al principio general, es ante todo una institución jurídica enderezada a la protección y defensa de quienes, por carecer de ciertas facultades, no se encuentran habilitados para ejercitar por sí mismos los derechos ni contraer las obligaciones que les competen. Es, pues, una noción que surge por contraste, como lo dijimos, con la capacidad de ejercicio. Analicemos brevemente cuáles son los factores que originan, en general, la calificación de incapacidad o que permiten predicarla de un sujeto de derecho con la advertencia, apenas natural, de que como todas las materias que estamos viendo en estos principios generales, deben ser tratadas con una gran simpleza, en el sentido de que cada legislación consagra peculiaridades cuya precisión resultaría imposible hacer a la luz de la finalidad que nos hemos propuesto en esta parte del trabajo, salvo en el caso de Colombia en que haremos las precisiones correspondientes cuando a ello haya lugar. Para poder hacerlo es preciso recordar que la incapacidad se clasifica usualmente por la doctrina en incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Quienes se encuentran afectados por la primera están del todo imposibilitados para actuar válidamente, mientras que aquellos de

quienes se predica la segunda, tienen un principio de capacidad que, en todo caso, permite la convalidación por las partes una vez que hayan cesado las causas determinantes de la incapacidad. Las consecuencias que pueden predicarse, además, de los actos celebrados por incapaces absolutos o relativos, están sometidas a regímenes jurídicos diversos.

Las causas o circunstancias que permiten predicar de un sujeto la incapacidad absoluta son en general, las siguientes:

Edad. Las prescripciones legislativas sobre el particular toman en cuenta el desarrollo físico y mental de los individuos para estimar que, por lo menos, hasta una determinada edad, variable en cada país, las personas carecen del desarrollo mental suficiente que les permita expresar de una manera consciente su voluntad de obligarse. Son los menores impúberes a los cuales la ley no les confiere ni un principio de capacidad obligacional y que, por consiguiente, están calificados, en primer término, como incapaces absolutos.

Afección mental. Puede suceder que una persona haya superado la edad mínima a partir de la cual se le reconocería una plena capacidad negocial. Empero, si esa persona sufre de una dolencia mental que inhabilite su capacidad racional en términos que, desde el punto de vista científico, reiterado en la práctica por una decisión judicial, no se le considere en condiciones de poder expresar su voluntad válidamente, nos encontremos con otro caso de incapacidad absoluta que podría calificarse como aquella que es propia de los dementes, o sea, de quienes teniendo la edad física para poder obligarse en términos de la legislación general se encuentran síquicamente afectados de manera que la ley les priva de poder hacerlo válidamente.

Afecciones físicas o fisiológicas. Esta última causa se predica de algunas personas, concretamente y casi sin excepción en todas las legislaciones, de los sordomudos que no pudiendo darse a entender por escrito o en otra forma que permita inferir inequívocamente su voluntad en uno u otro sentido, son considerados por la ley como incapaces absolutos.

- Objeto o causa ilícitos

El objeto es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, como sería negociar con un derecho político, como el derecho al voto.

La causa ilícita puede coincidir en veces con el objeto ilícito. En efecto, para distinguirlos precisamente, puede concebirse un contrato cuyo objeto sea lícito, por ejemplo, dar en arrendamiento una casa de habitación, pero ser tomada para una finalidad prohibida por el orden

público o las buenas costumbres.

- Inobservancia de las formas

Si la ley ha impuesto una forma como requisito de existencia de una manifestación de voluntad, es natural concluir que su omisión conduce a la inexistencia del acto respectivo.

Pero puede ocurrir que las formas se cumplan parcialmente, dejándose por fuera, sin embargo, alguna de que penda la validez del negocio. En este evento el mismo quedará afectado de nulidad absoluta.

(ii) Nulidad relativa

La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, se encuentra vinculada a un interés privado más que público y, en general, es una medida de protección para ciertas personas que, por sus condiciones particulares de indefensión, pueden ser sorprendidas en una contratación. También, por contraste con la anterior sólo puede ser invocada por aquella parte a cuyo favor se ha consagrado, vale decir, la que se trata de proteger de una manera especial.

En principio la nulidad relativa surge, por lo que dice con el sujeto, cuando alguno de los intervinientes adolece de incapacidad relativa o, cuando existiendo consentimiento, este se encuentra viciado por error, violencia, o dolo.

Error

El error como vicio del consentimiento supone que uno de los contratantes se haya equivocado o ambos, incluso, respecto a uno de los elementos o presupuestos fundamentales del negocio, bien de hecho, ya de derecho. La mayor parte de las legislaciones tienden a restarle eficacia al error de derecho como vicio del consentimiento, partiendo de la máxima según la cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. No sucede así en todas ellas y la tendencia contemporánea suele inclinarse a crear algunas excepciones a este principio riguroso admitiendo que si la aplicación de la ley en el tiempo permite sustentar la presunción de que todos los individuos la conocen o pueden conocerla, lo cierto es que la complejidad de la vida contemporánea y la proliferación de leyes, decretos, reglamentos, circulares, etc., hace que, en la práctica, resulte casi imposible, aun para los mismos abogados, tener noticia e imponerse de la totalidad de normas vigentes en un momento dado. Si se descarta sin embargo, el error de derecho, tenemos que el error de hecho reviste tres posibilidades: el denominado error obstativo u obstáculo, cuya presencia excluye en rigor la verdadera expresión del consentimiento y conduce a la calificación del contrato como inexistente,

para los sistemas que aceptan esta posibilidad o deriva en una causal de nulidad absoluta. En segundo lugar, el verdadero error y vicio del consentimiento, que puede dar lugar a la acción de nulidad relativa y, finalmente, el llamado error indiferente, que en nada afecta la convención y que, por lo tanto, sólo tiene interés de presentación desde el punto de vista académico.

El error obstativo se presenta fundamentalmente en dos casos: cuando versa sobre la naturaleza misma del contrato, como cuando una persona cree entregar una suma de dinero a título de mutuo mientras la otra entiende recibirla a título de donación y luego, cuando recae sobre la identidad del objeto, como cuando el vendedor piensa enajenar una casa mientras el comprador cree adquirir un apartamento. En ambos casos es imposible hablar de consentimiento coincidente; por lo tanto, al no existir uno de los presupuestos fundamentales para la formación del contrato, casi es forzoso concluir que éste debe reputarse inexistente.

El error vicio o error propiamente dicho, se presenta en los siguientes supuestos: cuando recae sobre la sustancia o calidad sustancial que lleva a contratar, como cuando una persona entiende comprar las acciones de la Compañía Mercantil S.A. cuando realmente el vendedor se refiere a las acciones de otra compañía. Igualmente, cuando el error recae sobre la persona, lo que sucede ordinariamente en los llamados contratos "*intuitu personae*". Esto sucede habitualmente en los contratos gratuitos y, por excepción, en los contratos onerosos como cuando se contrata a un pianista para dar un recital, creyendo que se trata de un reputado intérprete, cuando simplemente se trata de un homónimo o alguien que no tiene las calidades y condiciones del primero. Y, desde luego, en los contratos bancarios, incluida la fiducia, por regla general.

En últimas, los errores indiferentes serán aquellos distintos a los anteriores o diferentes de los que la ley en cada país reputa como errores obstativos o vicios propiamente hablando y pueden ser, entre otros, los que se refieren a las cualidades no esenciales o algunas apreciaciones económicas en las cuales se equivoque uno de los contratantes o impliquen errores de cálculo, etc.

. Violencia

Una primera observación que debemos hacer sobre la violencia, como vicio del consentimiento, consiste en que algún sector de la doctrina ha distinguido, precisamente, entre fuerza y violencia, para reservar a la primera expresión la coacción física que sustituye y anula totalmente el consentimiento, como si alguien, sorprendido por un malhechor, fuese obligado a firmar, siéndole llevada la mano por el agresor o como cuando una persona, bajo los efectos de la hipnosis,

fuese obligada a grabar una cinta magnetofónica dando determinadas instrucciones no queridas por él. En estos casos, antes que vicio del consentimiento, debe sostenerse que existe una ausencia total de consentimiento. Cosa distinta ocurre con la violencia, propiamente dicha, en donde existe una amenaza o coacción moral o física que presiona sobre la voluntad, sin eliminarla. El sujeto actúa voluntariamente, pero como resultado de la indebida presión ejercida sobre él. Varios elementos o notas características distinguen a la violencia. Debe tratarse de una amenaza injusta lo que excluye, en primer lugar, el caso de la legítima defensa, en donde la conducta violenta, por así llamarla, se produce como consecuencia de una agresión inicial de quien, más tarde, va a pretender haber sido coaccionado en esta forma. Y se opone también la injusticia a la amenaza consistente, tan solo, en recordar la posibilidad de ejercitar contra el contratante una acción judicial que sería sustentable en derecho. Así mismo la violencia, para ser considerada como tal, debe ser grave, es decir, producir en el sujeto agredido un justo temor de sufrir un daño considerable en su persona, en su honor o en sus bienes, o en los de quienes le son más cercanos. Esta característica de gravedad se opone al llamado temor reverencial, que existe como consecuencia de ciertas relaciones afectivas, de familia, trabajo, etc. Es decir, que el simple temor que se tiene por algunas personas que merecen un particular respeto o afecto, no es suficiente para considerar que el consentimiento ha sido viciado, cuando se produce en un determinado sentido no querido por el contratante. Por último digamos, para distinguirla desde ahora del dolo, que la violencia puede ser fruto de la actitud del contratante o de un tercero y en ambos casos, llenados los requisitos mencionados anteriormente, se considera como vicio del consentimiento y, desde luego, somete el acto o contrato a la sanción de la nulidad relativa.

Dolo.

Se entiende por dolo la maniobra o conjunto de maniobras engañosas utilizadas para inducir a error a una persona o mantenerla en él, en forma determinante para contratar. Es decir, que en últimas, el contratante celebra el acuerdo por error, pero un error que en este caso es inducido por su contratante. Se distinguen, en consecuencia, en el dolo varios elementos entre los cuales: que existan maniobras fraudulentas, es decir, maquinaciones o engaños producidos con la intención de inducir a la otra parte a error y que dichas maniobras merezcan una reprobación común, observación que está enderezada a distinguir el llamado “*dolus malus*” del denominado “*dolus bonus*”. Este último es el conjunto de recursos, más o menos artificiosos, que utilizan las personas en el proceso de contratación, para destacar las virtudes de los bienes objeto del contrato, minimizar sus defectos, maximizar el cálculo de los beneficios esperados, etc., pero sin que

resulten tan reprobables para la comunidad como para alcanzar la calificación de dolosas, en el sentido que acabamos de expresar. El dolo, además, a diferencia de la violencia, debe provenir de una de las partes, a menos, desde luego, que se trate de un tercero que pueda aparecer obrando en representación o por cuenta de una de ellas. Finalmente, las maniobras deben ser determinantes, para expresar en esta forma la diferencia entre el dolo principal y el llamado dolo incidental, es decir, aquel con el cual se hubiese contratado, pero en condiciones diferentes de las que realmente se hizo. En este caso, algunas legislaciones facultan apenas para obtener un reajuste en las condiciones contractuales, que se acomode a las reales circunstancias que fueron ocultadas al ser inducido el contratante a error.

Ciertas legislaciones incluyen como vicio del consentimiento la mala fe que, a diferencia del dolo, no estaría constituida por las maniobras tendientes a inducir a una parte a error sino, simplemente, a disimular o pretender ignorar el error de la otra parte una vez conocido, es decir, a prevalerse del error en el que se encuentra uno de ellos, una vez se ha tenido conocimiento de tal circunstancia.

Lesión

En general se entiende por lesión el perjuicio pecuniario que experimenta una de las partes como resultado de una desigualdad o desproporción en las prestaciones contractuales. La lesión puede considerarse como noción general aplicable a toda clase de contratos conmutativos o, apenas como posibilidad para algunos de ellos o para algunos otros actos jurídicos. También, en relación con ella, existen dos teorías principales, la de la lesión como vicio subjetivo y la de la lesión como vicio objetivo.

La lesión como vicio subjetivo se presenta cuando una de las partes, abusando de las condiciones de ignorancia, pobreza o inexperiencia de la otra, obtiene un resultado que se considera inequitativo, en consideración a las condiciones de indefensión de ésta última. Como vicio objetivo, en cambio, la lesión sólo se presenta en la medida en que exista una desproporción evidente, cuantificable, consagrada en la legislación, de manera que de una simple estimación o comparación matemática pueda concluirse la desigualdad prestacional.

Entre las causas o circunstancias que dan lugar a la denominada incapacidad relativa podemos citar los siguientes:

- Edad.

Como se deduce sin dificultad de lo que acabamos de exponer,

superado cierto nivel físico al cual se supone corresponde un desarrollo intelectual suficiente para tener un principio de conciencia reflexiva en relación con las determinaciones que se tomen, el individuo deja de ser considerado incapaz absoluto para reconocerse, en adelante, como incapaz relativo cuyos actos y contratos tienen un principio de validez, en ciertas circunstancias. Baste anotar que si bien las legislaciones pueden variar al respecto y de hecho lo hacen, en general esa edad suele situarse alrededor de los 12 ó 14 años, con la particularidad en nuestras legislaciones de establecerse, incluso, una pequeña diferencia entre la edad mínima para la mujer y la mínima para el hombre, con ventaja para aquella.

- Afección mental.

Bajo este acápite comprendemos, quizás con alguna imprecisión, el caso concreto del disipador, o sea, aquella persona que gozando en principio de plena capacidad, actúa en forma ilógica e irreflexiva en el manejo de sus recursos patrimoniales, dilapidándolos sin ninguna explicación racional y sin que tal conducta corresponda a la que habitualmente adoptan las personas de sano juicio. Bien que se califique entonces de una afección mental propiamente dicha, ya que no se trate exactamente de ella, lo cierto es que las legislaciones suelen considerar como incapaz relativo a quien actuando en esta forma ha sido declarado en interdicción, es decir, ha sido declarado judicialmente como dilapidador. Pero la incapacidad relativa de los dilapidadores, además, no se predica en todos sus actos o contratos sino que tiende a restringirse al campo de las actuaciones meramente patrimoniales, dejando por fuera otras decisiones como las que toquen con su estado familiar, es decir, su decisión de contraer matrimonio, el reconocimiento de un hijo natural, etc., posibilidades estas que también corresponden a los menores adultos así no lo hayamos dicho expresamente.

- Estado civil

Durante mucho tiempo, aun cuando este principio se ha revaluado categóricamente en los últimos años, hasta desaparecer prácticamente en las legislaciones inspiradas en el derecho europeo, la mujer casada, es decir, la mujer mayor de edad, plenamente capaz, que contraía matrimonio, sufría una especie de disminución en sus posibilidades jurídicas al quedar sometida dentro del régimen matrimonial a la potestad del marido, personal y patrimonialmente. Por consiguiente y en virtud de su nuevo estado civil, la mujer se encontraba sujeta a una incapacidad relativa que tiende hoy a desaparecer en todos los países, devolviéndole a la mujer casada su plena capacidad de ejercicio.

- Personalidad jurídica.

Aun cuando para buena parte de la doctrina esta forma de enfocar el problema resulta equivocada, debemos traerla a cuento por corresponder a la doctrina clásica sobre la incapacidad, para afirmar que a la misma incapacidad relativa que venimos mencionando se encontraban o encuentran sujetas las personas jurídicas. Afirmación de la doctrina tradicional que se sustenta, además, en la necesidad de estas personas de tener que actuar, como todos lo incapaces, a través de representantes, ante la imposibilidad de hacerlo directamente. Sin embargo, la crítica fundamental ha partido de la base de que las personas jurídicas no pueden actuar directamente, no porque estén afectadas propiamente de una incapacidad, sino porque las distintas teorías sobre su naturaleza jurídica llevan a reconocer que su estructura orgánica es forzosamente distinta de la de una persona natural y en ese orden de ideas, es necesario que las sociedades, y las personas jurídicas en general, tengan que actuar a través de órganos, entre los cuales uno, específicamente, que desempeñe las funciones de representante legal de las mismas, autorizado para comprometerlas frente a terceros.

A lo anterior sólo basta agregar que, por regla general, los incapaces relativos están en condiciones de celebrar ciertos actos y contratos, requiriendo tan solo la ratificación de su representante legal para dotarlos de plena validez y que, cuando la incapacidad proviene de la edad, es posible, prácticamente sin excepción en todas las legislaciones, obtener la habilitación de la misma, en algunas hipótesis previstas por la ley como cuando un menor adulto, mayor de cierta edad, contrae matrimonio o como resultado de un proceso judicial enderezado a obtener dicha declaración. En estos casos pueden celebrar todos los actos y contratos, con algunas restricciones consagradas en la ley.

Es también interesante anotar para nuestro estudio que, en materia comercial, se aplican en principio todas las disposiciones de la legislación civil sobre capacidad y que la tendencia contemporánea, más bien, es ampliar las posibilidades de los incapaces relativos en el caso, por ejemplo, de que estén habilitados de edad o que se trate de la administración de los bienes que conforman su peculio profesional, es decir, que resultan de su actividad laboral o de la explotación de una industria o comercio, casos en los cuales y en relación con estos bienes se les reputa, o por lo menos es la tendencia, como plenamente capaces.

En general, puede decirse que el contrato invalidado no genera derecho a la ejecución ni a la indemnización de daños y perjuicios y que, en lo posible, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su celebración.

(iii) Inhabilidades

La ley consagra también algunas inhabilidades que llama, a veces, incapacidades particulares y que no están ya enderezadas a tutelar el orden público o el interés general, como la incapacidad absoluta, ni a proteger algunas personas específicamente, como sucede con la incapacidad relativa, sino más bien a prohibir la actuación de personas, de suyo capaces, en relación con ciertos actos y contratos. Es lo que sucede, por ejemplo, con la prohibición de algunas legislaciones de celebrar compraventas entre padres e hijos de familia, es decir, hijos no emancipados, que, por consiguiente, están representados por aquellos o lo que sucede en el campo del Derecho Comercial, cuando se prohíbe el ejercicio del comercio a una persona que haya sido declarada en quiebra fraudulenta o culposa.

(iv) Rescisión

Algunos autores estudian la rescisión como una forma particular de la ineficacia contractual, para expresar con ella la invalidez proveniente de un vicio del objeto que produce una lesión a alguna de las partes y que, en ese sentido, se vincularía a la teoría de la lesión enorme, que ya vimos, o a los vicios redhibitorios u ocultos de la cosa en un contrato como el de compraventa, que de haber sido conocidos por el comprador lo habrían llevado a abstenerse de contratar.

3. Condiciones generales y contratos de adhesión ¹¹

3.1. Los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión surgen como excepción a aquellos que siguen el principio general según el cual la concurrencia de voluntades enderezada a producir ciertos efectos jurídicos entre las partes, debe permitir una amplia discusión y un detenido análisis de los términos, cláusulas y consecuencias del acuerdo que va a celebrarse. Esto ocurrirá, a su turno, con la mayor parte de los contratos bancarios, en general y con los fiduciarios, en particular, pues dada la amplitud con que pueden definirse sus términos en virtud de la forma ilimitada en que cabe combinar bienes y finalidades legítimas, hemos sostenido

11. Para este apartado debe consultarse además: Legislación:

· Circular Básica Jurídica: Título V, Capítulo primero, numerales 1.2-1.6.

· Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España. Editorial Civitas, Madrid 1992. Pág. 901- 945. (Físico)

por años que los contratos fiduciarios “son trajes hechos a la medida”. Sin embargo ello no siempre es así en el mundo de los negocios y, en la práctica, son numerosos los casos en los cuales los individuos concurren a contratar y se encuentran con modelos o condiciones generales preestablecidas por su contratante y en relación con las cuales no cabe más acción que aceptarlas “*in integrum*” o descartar el contrato.

3.2. Las condiciones generales de contratación

Debe reconocerse que las exigencias de la vida moderna y, en especial, las de la prestación en masa de los servicios, imponen, casi forzosamente, la necesidad para quien ofrece el servicio masivo de preelaborar un modelo contractual y someterlo así a la consideración de sus potenciales clientes, al menos como esquema primario de referencia para discutir. Dada la multiplicidad de relaciones que se perfeccionan o surgen todos los días no sería posible, en la práctica, discutir con cada uno de los interesados las distintas circunstancias o particularidades que puedan corresponder a un contrato determinado.¹² Igual ocurre, por ejemplo, con los servicios públicos, bien que ellos sean prestados directamente por el Estado o por los particulares. En ambos supuestos incluso, numerosas son las ocasiones en las cuales el Estado interviene para aprobar los modelos o condiciones generales establecidos por la empresa o entidad respectiva. Desde este punto de vista, pues, se trata de un imperativo de la época y de una consecuencia natural de la prestación de cierta clase de servicios. Sin embargo, y en la medida en que la intervención estatal haya sido menos vigorosa, la jurisprudencia suele mirar con alguna desconfianza la existencia de los contratos por adhesión, especialmente, en cuanto a través de las cláusulas preestablecidas se consagren posiciones de privilegio injustificado para quien elaboró el contrato, que resulten inequitativas para quien lo aceptó. Cumple allí el juez una función reguladora en donde, casi que juzgando en equidad, tiende a defender a la parte que se supone más débil, o sea, aquella que tuvo que someterse forzosamente al modelo presentado.

12. RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando en su ensayo “La contratación bancaria y la protección de los consumidores” cita a Federico DE CASTRO para decir que las condiciones generales pueden definirse como “los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar” p. 903 La ley española 7 de 1998, sobre condiciones generales de contratación, dice que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por alguna de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Y agrega, “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión” (Artículo 1)

Diferentes mecanismos suelen mencionarse para proteger a una parte de la cláusula abusiva impuesta por la otra. En primer término la tradicional decisión judicial, lamentablemente tardía, pues nuestra justicia es lenta e ineficaz por su poca capacidad ejemplarizante, pues suele circunscribirse al conflicto concreto sometido al conocimiento del juez que afecta, por lo tanto y en forma exclusiva a las partes en disputa. Pero que, en todo caso, a lo largo de los años y por vía de la doctrina y la jurisprudencia va constituyéndose en precedente, más o menos obligatorio según los sistemas. Desde luego, la eficacia del pronunciamiento judicial se transforma y tiende a volverse plena cuando, como sucede en la ley española, tratándose del contrato de seguros, “declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus contratos”.¹³

13. Ley 50 de 1980, artículo 3, parágrafo 3

35

suelen adoptar este tipo de previsiones.¹⁵

Por último, hay legislaciones donde el reglamento general debe ser depositado en una especie de registro público de comercio que habilita a cualquier organización gremial o de consumidores a “demandar” una o más cláusulas por considerar que son abusivas. De ser fundada la reclamación, para la autoridad administrativa que estudia el reclamo, esta conminará a la entidad depositante del reglamento a retirarla de su texto, so pena de incurrir en sanciones. De nuevo habría que decir que la capacidad disuasiva de un pronunciamiento de este tipo es evidente.

Conviene plantear el problema de orden práctico que surge cuando por virtud de una modificación en la ley o de la simple iniciativa de las instituciones, resulta necesario modificar los reglamentos y se impone, por ende, la obligación de reformar los contratos celebrados con todos y cada uno de los clientes. Ante la imposibilidad, casi física, que en los grandes bancos o en las sociedades fiduciarias significaría el intentar una modificación por vía individual, de los contratos adhesivos o de utilización masiva, el camino utilizado consiste, generalmente, en dotar de publicidad suficiente el proyecto de la reforma que se pretende introducir al reglamento, enviándolo, si se quiere, con los extractos mensuales de la cuenta corriente a todos los clientes, o con la periódica rendición de cuentas si no existe o no cabe la prestación del servicio de cuentas de chequeras, de manera que puedan imponerse de su contenido; fijándoles una fecha límite a partir de la cual entrará la reforma en vigencia y señalando que si antes de esa fecha no se ha recibido manifestación en contrario, se tendrá por aceptada la reforma propuesta. Pues bien, algunos doctrinantes, en forma un tanto ligera, critican este procedimiento por considerar que el silencio del destinatario no es suficiente para tenerse como aceptación y que, por consiguiente, la vía utilizada es inadecuada. Olvidan sin embargo que, así como el silencio puro y simple no ha sido considerado, en general, suficiente para presumir la aceptación, existe lo que la doctrina ha calificado como silencio circunstanciado, vale decir, silencio que dadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la oferta, permiten concluir, sin

cumplirse desde el momento en que obligan a sus destinatarios. Es así como al introducirse por una norma una limitante en el desarrollo de la actividad financiera, la Superintendencia Bancaria se halla expresamente facultada para ordenar que cualquier institución financiera se abstenga de efectuar operaciones en contravención a dicha norma. Así las cosas, la orden de suspensión del cobro de las cuotas de manejo, no se profirió por parte de la demandada en ejercicio de la facultad de revocatoria directa de sus actos administrativos, sino con base en sus funciones preventivas expresamente asignada por el legislador”. (Extracto de la sentencia de agosto de 1995, Magistrado ponente, Delio Gómez Leiva)

¹⁵ España. Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios. (Ley 26 de 1984) artículo 10

muchas sutilezas, una conformidad que, en todo caso, si no es expresa, si será suficiente para ser estimada como aceptación tácita. Desde luego y desde el punto de vista práctico, a fin de fortalecer la eficacia de la previsión, es altamente conveniente incluir en el reglamento la previsión de que ese es el procedimiento establecido para introducir las eventuales modificaciones en el futuro, evidenciando así el conocimiento y la aceptación del cliente que, incluso podía ser objeto de cláusula especial y destacada. A lo que podría agregarse, para defender el procedimiento, que en cuanto los clientes, luego de la notificación sobre la reforma, continúen utilizando los servicios, nos hallaremos frente a una aceptación tácita indiscutible.

3.4. El tema en El Salvador

La protección al consumidor resulta tema de la más absoluta actualidad pues apenas el 31 de agosto del presente año, se promulgó la ley, mediante Decreto 776 de la Asamblea Legislativa de la República.

En el desarrollo del curso hubo oportunidad de evocar numerosas hipótesis de aplicación de la norma o de dudas o conflictos académicos surgidos en torno a su aplicación, incluyendo la obligación de los bancos de aceptar prepagos sin sanción, como regla general, (art. 19, m); suministrar copias de los reglamentos generales de contratación y de los formularios impresos utilizados, (art. 22); creación de la defensoría del consumidor, (art. 56) y del Tribunal sancionador (art.79); y aparente inaplicabilidad de las normas generales sobre mediación, conciliación y arbitraje, cuando se trate de materias relacionadas con los consumidores, para citar los mas importantes.

4. Los agentes financieros¹⁶

Para que el sistema funcione, es preciso que en él participen una serie de agentes autorizados, en virtud de la aplicación de un principio ya secular en el derecho bancario latinoamericano, que atribuye al Estado un particular capacidad regulatoria frente a quienes captan, manejan o invierten recursos provenientes del ahorro comunitario.

La expresión intermediarios financieros puede tenerse como sinónimo de intermediarios bancarios, si la expresión banco se toma en un sentido amplio, o puede comprender tanto los bancos como otros

¹⁶. Para este apartado debe consultarse además:

Legislación:

• EOSF: Artículos 1-6, 11, 8, 24, 27, 29, 30, 33, 36, 38.

• Resolución 400 de 1995, Superintendencia de Valores: Capítulo II.

Doctrina:

• RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 139-147.

intermediarios diferentes, si la palabra bancos se toma en un sentido restringido.

Para los efectos de nuestro trabajo podemos decir que los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica. Si bien el estudio de los bancos y las operaciones bancarias suele sustentarse en las operaciones de crédito que ellos celebran, es decir, en su función intermediadora como captadores y colocadores de recursos, queremos insistir en que ellos no son nada distinto del producto de una economía monetizada que precisa de agentes idóneos para manejar la moneda y que, en consecuencia, como sus administradores, y por esa sola circunstancia, están en condiciones de realizar las operaciones de crédito que se derivan de la mayor o menor disponibilidad de los dineros en su poder.

Un estudio sistemático y claro de los intermediarios financieros, partiendo de los bancos, implicaría el empleo de un método elemental consistente en analizar en qué forma participa cada uno de ellos en la captación y colocación de recursos y qué instrumentos típicos y privativos utiliza para realizar esta intermediación.¹⁷

Ahora bien, no puede olvidarse que a nivel global la tendencia ha sido moverse hacia el modelo de banca múltiple alemán, en buena medida como resultado de la erosión de la base de depósitos, en cuanto los ahorradores se han sofisticado y han optado por orientar sus flujos hacia inversiones más rentables. Por ello los bancos han encontrado necesario prestar toda clase de servicios financieros, bien a través de un esquema de banca universal o polifuncional, ya a través de grupos con la presencia de filiales especializadas en la prestación de nuevos servicios. Lo cierto es que en la actualidad, a más de su función tradicional intermediadora, operan en los mercados de divisas, de valores, de derivados, de seguros y otros. Tal realidad ha obligado a los sistemas legales a redefinir la actividad para someter a quienes la realizan al régimen legal propio y a los controles administrativos que del mismo se derivan.¹⁸

17. Colombia. Tiene como establecimientos crediticios a los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y crédito – hoy prácticamente desaparecidas- y las compañías de financiamiento comercial, si bien deberían agregarse los intermediarios del sector cooperativo. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -E.O.S.F.- artículo 1º.) Ecuador. Señala como instituciones financieras privadas a bancos, sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y cooperativas de ahorro y crédito, que realizan intermediación financiera con el público. (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Codificación RO/250 de 23 de enero del 2.001)

Por lo demás, en un sentido amplio el estudio de los intermediarios financieros comprendería, por ejemplo, a las compañías de seguros las cuales captan recursos en el mercado y los colocan a través de operaciones de inversión bien delimitadas por la ley, o a las sociedades de capitalización que algunos países reconocen como bancos de capitalización e, incluso, las entidades parafinancieras llamadas en ciertos países auxiliares del crédito, como las bolsas de valores, que si no son en realidad intermediarios, en el sentido que capten y coloquen recursos directamente, sí lo son entre los detentadores de títulos y los de capital. Igual sucedería con los almacenes generales de depósito los cuales, a través de los títulos típicos que emiten, el certificado de depósito y el bono de prenda, se constituyen en promotores indirectos del crédito y de la movilización de los activos depositados en sus bodegas.

En el caso del mercado de valores suelen participar y estar controlados por el Estado, las Bolsas de valores, las bolsa agropecuarias y de productos, sus miembros y sus comisionistas, los emisores de valores, las sociedades calificadoras de valores, las sociedades especializadas en la compensación de las operaciones, las sociedades administradoras de fondos de valores y de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las sociedades titularizadas y los fondos de garantía que se constituyan en el marco del mercado, para citar las mas importantes.¹⁹

18. La doctrina anglosajona distingue entre dos criterios: el denominado *list approach* que consiste en establecer un listado de actividades propias que como tales suelen ser exhaustivas y el llamado *formulary approach*, que supone una definición genérica de la actividad, dentro de la cual caben todas las posibilidades subsumibles en ella. En el primer esquema se encuentran los Estados Unidos (National Bank act) y Alemania. En el segundo, países como Inglaterra y, en general, la Unión Europea. El esquema adoptado por el Reino Unido le da especial importancia a la captación de recursos del público (Sección 3 del UK Banking Act) como la legislación colombiana que prohíbe y sanciona severamente la captación masiva y habitual sin autorización . (D. 1.981/88). La Unión Europea ha acogido como esenciales a la actividad bancaria dos elementos: tomar depósitos del público y colocarlos a través de préstamos dados por cuenta propia (Artículo 1 de las Primera y Segunda Directivas) Así por ejemplo, bajo la última, entidades que se dedican profesionalmente a prestar dinero pero no captan del público, son consideradas " instituciones financieras" pero no bancos. El tema no es sencillo y requiere precisiones. Por ejemplo una entidad cooperativa que solo capte de sus cooperados ¿podría considerarse que no capta del público y escaparse de la definición? ¿Podría ocurrir otro tanto, para quien captara del público pero no realizara préstamos sino se dedicara a invertir en valores? El punto es de evidente importancia pues no solo busca tener claridad sobre los destinatarios de la legislación bancaria sino, principalmente, evitar que los ahorradores terminen defraudados por intermediarios no autorizados. CRANSTON, Ross. Op. cit. ps. 3 y ss.

19. Colombia. Ver reciente Ley 964 de 2005

5. La protección del usuario de los servicios financieros ²⁰

De alguna manera el tema acaba de verse en el punto 3, por lo que nos limitaremos a complementarlo con algunas reflexiones adicionales. Salvo que, como en el caso español, citado a manera de ejemplo, exista una norma expresa de protección al consumidor, su defensa resulta de la existencia de normas generales o de algunas particulares de menor entidad pero idéntico propósito, como ocurriría con la figura del defensor del cliente. E.O.S.F. ²¹

La eficacia de este último mecanismo está íntimamente ligada con el grado de obligatoriedad que generen sus decisiones, es decir, su efecto vinculante frente al banco.

Una vía natural y efectiva surge de la asignación a las autoridades de supervisión de facultades sancionatorias cuando los

20. Para este apartado debe consultarse además:

Legislación:

- EOSF: Artículo 146 # 4, artículo 46, artículo 98 # 4, artículo 97.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo sexto; Título III, Capítulo octavo; Título V, Capítulo primero, numeral 8; Título V, Capítulo Primero, numerales 1.1-1.7.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

Doctrina:

- BENELBAZ, Héctor A. Sistema bancario moderno. Tomo II. Ediciones Desalma Buenos Aires. Pág. 527-536. (Físico)
- BARBIER, Eduardo Antonio. Contratación bancaria, Tomo I –Consumidores y usuarios- Editorial Astrea, Buenos Aires 2002. Pág. 9-123. (Físico)
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España. Editorial Civitas, Madrid 1992. Pág. 945-963. (Físico)

Legislación:

- EOSF: Artículo 146 # 4, artículo 46, artículo 98 # 4, artículo 97.
- Circular Básica Jurídica: Título I, Capítulo sexto; Título III, Capítulo octavo; Título V, Capítulo primero, numeral 8; Título V, Capítulo Primero, numerales 1.1-1.7.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, España. Sobre condiciones generales de la contratación y exposición de motivos.

21. 4.2 Defensor del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán contar con un defensor del cliente, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios. - El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.- Dentro de los parámetros establecidos en este numeral el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general señalará las reglas a las cuales deberá sujetarse la actividad del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.- Corresponderá a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigiladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas." (Artículo 98)

vigilados incumplan normas legales y en estas se incluyan disposiciones que expresa o implícitamente protegen al consumidor o usuario, como se estable en Colombia tanto para la Superintendencia Bancaria,²² como para la de Valores que, por cierto, se fusionarán a partir del 1 de enero de 2006.²³

22. E.O.S.F. 4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones." (artículo 98)
Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

23. Ley 964/2005. Un ejemplo concreto sería el del artículo 40. "PROTECCIÓN DE ACCIONISTAS. Cuando un número plural de accionistas que represente, cuando menos, el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas presente propuestas a las juntas directivas de las sociedades inscritas, dichos órganos deberán considerarlas y responderlas por escrito a quienes las hayan formulado, indicando claramente las razones que motivaron las decisiones."

CASO PRACTICO DEL MODULO I

CERTIFICADO DE DEPOSITO A TERMINO O A PLAZO

Las disposiciones legales de un país establecen lo siguiente:
“Se denominan depósitos a término aquellos en que se haya estipulado, a favor del banco, un preaviso o un término para exigir su restitución.”
“Los certificados de depósito a término que no se rediman a su vencimiento, se entienden prorrogados por un término igual al inicialmente pactado”.

Se emite por un banco un CDT por valor de US \$ 1.000.000 a un año, con una tasa de interés del 14% efectivo anual.

Durante el curso del año se modifican substancialmente las tasas de captación en el país y el banco reajusta las tasas para depósitos de ese valor y plazo al 8% efectivo anual.

El tenedor del certificado opta por no presentarse a cobrarlo al vencimiento, para ampararse en la norma que se lo prorroga por un año más, a la misma tasa elevada de interés de que gozaba, superior en 6 puntos a la que podía obtener en el mercado.

Usted es el abogado del banco y le preguntan:

- a) ¿Qué podría hacer frente al caso concreto que se presenta?
 - b) ¿Qué recomendaría hacer en el reglamento general de contratación de certificados de depósito a término, para cubrirse de este riesgo en el futuro?
- Indique en ambos casos cuál sería el fundamento lógico jurídico de su recomendación.
- c) Redacte la cláusula que refleja su recomendación para la segunda pregunta (b)

24. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Título Tercero –De los Títulos Valores- Capítulo V. Art. 822.

Doctrina:

· Comité de Sistemas de Pago y Liquidación - La función del dinero del banco central en los sistemas de pago (*extracto*). Agosto de 2003.

· HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 143-162. (Físico).

con servicios y mecanismos equivalentes para liquidar sus posiciones, los cuales son proveídos, al menos en buena parte, por el Banco Central.

1.3. Los servicios del Banco Central

Más allá de su aporte fundamental a la estabilidad de la moneda y, por esa vía, a la de la economía de un país, el Banco Central brinda dos “productos” concretos: el dinero o papel moneda, cuya emisión constituye, de ordinario, un privilegio que se le reserva y las cuentas corrientes para las entidades financieras, el gobierno y ciertos organismos multilaterales. El primero se lo aporta a la economía, vista como un todo. El segundo suele restringirse a los bancos comerciales, como agentes financieros que tienen el privilegio, a su turno, de manejar cuentas corrientes.

1.4. Relaciones de los bancos con el Banco Central ²⁵

Dentro del amplio concepto de Banca Central pueden distinguirse dos grupos de funciones en forma relativamente nítida. Uno que dice con las facultades que le han sido asignadas cuando desempeña el papel de suprema autoridad monetaria. La solución es diversa en los distintos países, pero puede consistir en un ejercicio directo de dichas facultades, por parte de la junta directiva de la institución o, en otros casos, en la descomposición de esa junta de manera que exista un comité especializado que actúe como autoridad monetaria y que tenga la potestad para dictar las normas correspondientes o en fin, que exista una autoridad independiente del Banco Central que ejercite esas funciones desde el punto de vista monetario pero que, de todas formas, en la práctica, estará íntimamente ligada con aquél. El otro aspecto toca con las distintas funciones que se le asignan, ya no digámoslo, como autoridad monetaria, sino como Banco Central en el sentido de ser banco de bancos y banquero del gobierno. Hagamos un rápido repaso de unas y otras.

a) Dictar normas en materia de moneda, crédito, cambios y comercio exterior.

Estas funciones, que como acabamos de decirlo, pueden o no ser ejercidas directamente por un Banco Central, pero que corresponden en todo caso a la idea y noción de banca central, se explican ante la dificultad con que la ley puede reglar situaciones cambiantes y dinámicas,

²⁵ Colombia. La autonomía del Banco de la República, como banco central, tiene rango Constitucional, si bien sus facultades están consagradas en la ley dictada por mandato de la misma Carta y deben ser ejercidas de manera armónica con las de otras autoridades, con el fin de buscar de consuno la obtención de los altos fines del Estado que les corresponden. (Corte Constitucional. Sentencias C-021/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-481/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

cuya regulación debe adecuarse a las nuevas circunstancias en forma expedita, si no automática, si se quiere obtener un resultado eficiente. En otras palabras, que dados los mecanismos tradicionales que deben emplearse para expedir la ley por el legislador ordinario, es casi imposible que la misma pueda ajustarse en la forma ágil que las circunstancias económicas requieren, en especial porque en estas materias de moneda, cambios o comercio exterior, ellas suelen presentarse sin previo aviso y ante una reacción retardada o inadecuada, se tienen que asumir, por lo general, consecuencias gravosas para los países y los sistemas bancarios.

Las funciones principales en este aspecto dicen en verdad con las materias de moneda y crédito y dentro de ellas pueden enumerarse, a manera de ejemplo, el señalamiento de cupos de crédito que puedan ser utilizados por los bancos, la fijación de tasas de interés, tanto para estas operaciones como para las de descuento o las mismas operaciones activas de los bancos; el señalamiento de encajes o de reservas que deben mantener los bancos respecto a los pasivos captados; el establecimiento de inversiones forzosas o la obligatoriedad de colocar determinados porcentajes de los recursos en cierto tipo de préstamos que corresponden a la atención de sectores prioritarios, en el sentir de las autoridades; el establecimiento de relaciones porcentuales entre el capital y la reserva y el total de los pasivos que pueden contraer las entidades; la fijación de topes o porcentajes periódicos de crecimiento para ciertos rubros del balance, etc. Como se ve, todas estas disposiciones son eminentemente técnicas y su movilidad deber ser axiomática ante la imposibilidad de contar con condiciones económicas estables que garanticen la permanencia más o menos larga de las mismas. Cabe también que la banca central tenga asignadas facultades en materia de cambios y comercio exterior, especialmente en los países en que no existe libertad cambiaria o esta se encuentra restringida y, por consiguiente, se requiere regular toda una serie de aspectos, tales como el endeudamiento en moneda extranjera; las tasas de interés de las operaciones internacionales; las oportunidades y plazos de reembolso, los depósitos que deban constituirse para verificar importaciones; la forma como deben reembolsarse los productos de las exportaciones; la contabilización de las reservas internacionales, etc.

b) Emitir la moneda.

Hemos dicho también que en la actualidad, y casi sin excepción, la emisión de la moneda es función reservada en forma privativa al Estado y asignada por lo general al Banco Central que, como consecuencia, es banco emisor. Sin embargo, para evitar los abusos de antaño y los desajustes producidos por ellos, la ley establece limitaciones severas sobre la causa eficiente y única permisible para la emisión de

dichas especies monetarias, estableciendo, que los billetes sólo pueden ser emitidos por adquisición de oro, si este es el patrón monetario del ordenado que la emisión se ajuste a los más serios postulados de técnica y seriedad, únicos que pueden asegurar la estabilidad de la moneda y, por ende, la del país.

El tema es esencialmente distinto, como sucede en El Salvador, cuando se ha renunciado a la emisión de la moneda para utilizar una divisa como propia, en este caso el dólar de los Estados Unidos de América, pero es válido y de recibo en los demás aspectos.

c) Ser Banco de los Bancos.

Con esta expresión quiere indicarse que el Banco Central proporciona de ordinario a los bancos comerciales casi la totalidad de los servicios que éstos, a su turno, prestan a sus clientes. Puede ser depositario de sus recursos, prestamista y descontador, realizar transferencias en su nombre, hacer pagos a terceros, mantener depósitos en custodia o encargos fiduciarios, etc. Pero, además, ofrece por lo general un servicio muy importante, consistente en ser cámara de compensación para las operaciones interbancarias y, por consiguiente, liquidador de las cuentas recíprocas, especialmente de las que derivan de la remisión hecha por unos a otros de cheques a su cargo.

d) Ser banquero del gobierno y agente fiscal suyo.

Así como presta servicios a los bancos comerciales lo hace también con el gobierno, en todas las posibilidades que hemos contemplado, de la cual la más importante es ser su prestamista, en lo que hace relación con las operaciones típicamente bancarias. Ahora bien, para conciliar este aspecto con el de la emisión de moneda, existen también rígidas disposiciones tendientes a evitar un endeudamiento excesivo por parte del gobierno. Para ello se aplica usualmente un principio, según el cual las sumas prestadas al gobierno deben corresponder o satisfacer, de manera exclusiva, necesidades transitorias de tesorería, guardando una relación directa con los ingresos corrientes del Estado y constituyendo tan sólo un avance en relación con ingresos que, habiéndose causado, no han sido aún percibidos por la tesorería o por la entidad correspondiente se agregan, como es obvio, requisitos de forma sobre la utilización de documentos de deuda, que deben ser suscritos en la forma prevista por la ley.

Además, el Banco Central actúa como agente fiscal del gobierno, sobre todo para la colocación de títulos de deuda emitidos por éste, los cuales a veces garantiza y atiende fiduciariamente, encargándose de su amortización, del pago de los intereses, etc.

47

47

47

47

47

47

47

- 47

47

- 47

medida en que exista el mecanismo, el cheque será enviado a la cámara de compensación de la plaza girada, y la posibilidad de disponer de los fondos dependerá de un plazo fluctuante, según el tiempo que se requiera para confirmar el pago del instrumento,

Parece interesante destacar la condición en que actúa el banco depositario en estos supuestos, Recuérdese que el cheque debe ser presentado en tiempo para su pago y que, en consecuencia, el banco actúa como un comisionado para el cobro, esto es, que el endoso estampado por el depositante, cliente del banco intermediario, debe considerarse como un endoso restrictivo, que faculta al banco para presentarlo al librado para su pago y cobrarlo. Salvo excepciones, en las cuales los interesados deberían estipular lo contrario, el banco actúa no como propietario de los instrumentos sino como simple tenedor al cobro.²⁸

En otras palabras, el negocio del banco no consiste en adquirir cheques y correr los riesgos propios de la eventual insolvencia del deudor, sino en prestar el servicio a su clientela consistente en utilizar su estructura y la propia del sistema bancario, en particular, la de la cámara de compensación, para presentarlos al cobro a los librados. Por consiguiente, el titular de la cuenta no puede disponer de los saldos sino cuando se produzca la confirmación del pago o después de un determinado plazo previamente establecido por el banco, dentro del cual considera que ha podido obtener la confirmación o infirmación de la orden.

Aun en casos excepcionales en los cuales por negociar el instrumento, es decir, por recibirlo en propiedad, el banco faculta a su cliente para disponer de inmediato de la suma, la doctrina se muestra vacilante. Hay quienes sostienen que jamás el banco adquiere los cheques y que en este supuesto lo único que hace es concederle un crédito al cliente sobre el título, que continuaría siendo de propiedad de este último y en relación con el cual los riesgos serían a su cargo, se trataría entonces de que, por regla general, el cliente no puede disponer del cheque hasta que no se confirme su cobro y que, sólo por excepción, puede hacerlo ante el anticipo verificado por el banco con la garantía del mismo título, pero en ambos supuestos conservando el cliente la propiedad del instrumento y actuando su banco como un simple mandatario para el cobro.

En cualquier forma es evidente que si el banco no adquiere la propiedad del título o se aplica el principio de "salvo buen cobro", en

28. Colombia. "Todo cheque consignado de entiende 'salvo buen cobro', a menos que exista estipulación en contrario." (Art. 1383 Código de Comercio)

caso de no pago del cheque el banco está autorizado para debitar la suma correspondiente y aun para ejercer las acciones judiciales que cupiesen contra las distintas partes intervinientes en el título.

2.2. La cámara de compensación

El mecanismo es bien conocido y ha consistido, en síntesis, en que los cheques recibidos por un cierto banco a cargo de otros, en lugar de presentarse para su pago directamente a éstos, sean enviados a la cámara de compensación en donde se lleva una cuenta de cada uno de los bancos con sus congéneres. Allí, a su turno, se han recibido los cheques de los demás bancos contra el banco de nuestro ejemplo, de tal forma que se producen los asientos contables y las compensaciones correspondientes de manera que tan sólo el saldo final que resulte a favor de este banco o en su contra, se abona o carga en cuenta. Y así, desde luego, con todos los demás. En esta forma no sólo se opera con una enorme agilidad, sino con una eficiente economía de tiempos y movimientos, que permite determinar rápidamente los saldos de cada una de las entidades en el Banco Central, como resultado de la transacción de la cámara de compensación. La operación que, por ejemplo, se ha hecho en la noche o en varias etapas durante el día, se reversa, por así decir, en la mañana siguiente, con los cheques que hayan sido devueltos por los bancos librados por defectos de fondo, inexistencia de fondos, etc., caso en el cual se vuelven a cruzar las partidas resultantes de las devoluciones y se hacen los ajustes correspondientes en los saldos.

2.3. La compensación electrónica

Este tradicional procedimiento ha venido a remplazarse por la utilización de cámaras de compensación electrónicas que permiten eliminar la remisión física de los cheques y la sustituyen por el envío periódico y recíproco, por vía electrónica, de listados de cheques a cargo de los demás bancos, de manera que el banco central establezca con base en ellos los saldos resultantes para el sistema. Aunque el procedimiento no está exento de riesgos y supondría, en su forma plena, el truncamiento circulatorio de los cheques, tiene una serie de ventajas evidentes y se producen una serie de consecuencias significativas tanto jurídicas como económicas.

En efecto, comienza a quebrarse el principio según el cual el ejercicio de los derechos derivados del cheque supone su presentación al librado y se presume cuando se hace en cámara de compensación, pues no va a realizarse presentación alguna. Con los naturales riesgos de tener que pagar sin la verificación física del instrumento. Dados, sin embargo, los ahorros que el mismo sistema puede generar, los bancos pueden definir a partir de que nivel se hace el truncamiento de la

circulación de los cheques, de manera que solo los que excedan un cierto valor se envíen físicamente a la cámara. Y los riesgos pueden ser razonablemente cubiertos por un seguro de exceso de pérdida, que se combine con un autoseguro constituido con parte de los ahorros.

3. La cuenta corriente bancaria ²⁹

3.1. Consideraciones preliminares

Nuevamente nos encontramos con un problema semántico pues al distinguir con este nombre al típico contrato bancario, tienen que presentarse confusiones. En efecto, no queremos calificar en esta forma tan sólo a las innumerables cuentas corrientes, desde el punto de vista contable, que un banco pueda tener con su clientela, en cuyo caso el término bancario nada agregaría. La expresión contrato de cuenta corriente bancaria o de depósito en ella, reviste un particular significado que brindaría de seguro menos confusiones de llamarlo, por ejemplo, contrato de cuenta de cheques, como sucede en algunos países latinoamericanos.

Las principales discrepancias entre los autores sobre la naturaleza jurídica de este contrato y sus semejanzas o diferencias con la cuenta corriente mercantil, obedecen, en primer lugar, a una diversa utilización de los términos. Para unos, en efecto, la cuenta corriente bancaria sugiere el sustrato que soporta distintas relaciones credituales o de servicios entre el banco y sus clientes, de manera que se acerca a la concepción contable más que a la jurídica.

Para otros, en cambio, y nos incluimos en esa posición, la expresión cuenta corriente bancaria, si bien equívoca por las razones que hemos anotado, corresponde a un contrato específico que es aquel en el cual, facultados los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero, producen estos últimos mediante la utilización del título valor denominado cheque. Es en la utilización de este típico instrumento a cargo de los bancos y el análisis de sus funciones peculiares, al permitir al cuenta correntista mantener las ventajas del depósito custodiado por

29. Para este apartado consultar además: Legislación:

- EOSF: Artículos 2 # 2, 7, 125,
- Código de Comercio: Artículos 1382-1415.
- Código Civil: Artículos: 1714-1723.
- Circular Básica Jurídica: título III, capítulo primero, numerales 1 y 2.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 309-321.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez. Bogotá, D. C., 7 de junio de 2002.

un banco y al Mismo tiempo contar con la disponibilidad sin reservas de su dinero, que entendemos el contrato de cuenta corriente bancaria.

Sobre el eje del depósito irregular de dinero, con las peculiaridades que veremos y la utilización del cheque como título típico de disposición de los recursos, hemos estructurado la noción de contrato de cuenta corriente bancaria. Por consiguiente, tendremos forzosas diferencias con quienes analizan la cuenta corriente bancaria pensando que "es solamente un pacto accesorio de determinados contratos de crédito". Ya vimos la cuenta corriente en su acepción contable, pero una vez circunscrito el concepto jurídico de contrato de cuenta corriente bancaria al contrato de cheques, por así decirlo, o de cuenta de cheques como le llaman otros, es evidente que la diferencia de opinión no es tal, en el sentido de que estamos hablando de cosas distintas. Es más, estamos de acuerdo con la presentación meramente contable si se quiere, pero advertimos que la expresión quiere identificar un contrato regulado por muchas legislaciones latinoamericanas y, desde luego, de la más frecuente utilización en los bancos del continente. Es nada menos que el contrato que posibilita a los bancos para captar el mayor volumen de recursos a través de la vía que les es específica, depósitos a la vista, y cumplir así su función intermediadora.

3.2. Apertura de la cuenta 30

Para la apertura de la cuenta el banco adopta algunas precauciones orientadas a identificar la persona de su eventual contratante y sobre todo su moralidad y buena reputación, pues, como se recuerda, tratándose de contratos bancarios, la confianza y buena fe de las partes supone que gocen de las más altas calidades morales, las cuales se presumen en el caso de los bancos. Aunque es materia de prolija reglamentación interna por parte de los bancos en los diversos países, las precauciones o requisitos que en general toman, pueden sintetizarse así:

a) Identificación del contratante

No sólo para precisar la identidad misma de la persona natural, sino la existencia de las personas jurídicas. En relación con éstas, es habitual, por no decir que imperioso para los bancos, solicitar la

30. Para este apartado consultar además:

Legislación

- Circular Básica Jurídica: Título II,
- Código de Comercio: Artículo 1400-1407.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios Pág. 321-411.

documentación jurídica que permita establecer la forma de constitución, la estructura orgánica, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, las facultades del representante legal, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo para contratar, la existencia de permisos de funcionamiento, etc.

b) Verificación de la solvencia moral y económica

La verificación de la solvencia moral se logra investigando los antecedentes comerciales del interesado, tomando adecuadas y suficientes referencias comerciales y bancarias de establecimientos con los cuales ha tenido negocios o en los cuales ha obtenido crédito, precisando la forma en que ha cumplido, etc. En cuanto a la solvencia económica, demandándole sus estados financieros para determinar la composición de su patrimonio, la rentabilidad de su negocio, las relaciones entre sus activos y pasivos, su grado de solvencia, liquidez, capacidad de autofinanciamiento, etc., es decir, la determinación de un conjunto de coeficientes financieros indispensables para conocer al cliente y sustentar más tarde la concesión de crédito y la prestación de los servicios que solicite.

c) Lleno de requisitos formales

Comprende la suscripción misma del contrato o del reglamento de cuenta corriente bancaria; los registros de firmas del titular de la cuenta y de sus representantes, necesarios para poder cotejarlas ulteriormente con las utilizadas en las órdenes de pago, la correspondencia, y en especial, los cheques que libre a cargo del establecimiento bancario. Exige allí el banco, si no está contenido en el reglamento de cuenta corriente, un conjunto de facultades determinadas a poder verificar ciertos cargos en cuenta o producir compensaciones, si la ley no lo ha establecido ni lo prohíbe, etc.

d) Prevención del lavado de activos

Aunque está implícito en el ordinal b), lo mencionamos separadamente porque se trata de uno de los temas más delicados en la actividad bancaria de nuestros días. A partir de la Convención de Viena y como resultado de los hechos luctuosos del 11 de septiembre, se ha venido reforzando un sistema de control tendiente a evitar, en lo posible, que los sistemas financieros sean utilizados como medios para el lavado de dineros mal habidos o destinados a financiar el terrorismo.

Ello impone una severa carga de responsabilidades a los bancos y sus funcionarios pues el desarrollo que el tema ha tenido en los últimos años supone que no solo existen severas sanciones administrativas sino

que las conductas de lavado de activos han sido tipificadas como penalmente punibles. De hecho se trata de tema muy sensible que hemos analizado críticamente en fecha reciente pues nos parece que, de alguna manera y por esta vía, el Estado traslada responsabilidades que deberían estar en cabeza de las autoridades gubernamentales, para ponerlas en la de las entidades bancarias, a enormes costos y sin que se conozca el resultado del esfuerzo descomunal que ello implica.³¹

En la práctica se establece un procedimiento que compromete a la Junta directiva de cada entidad y le impone la adopción de manuales y sistemas complejos de control, que incluyen la designación de un funcionario de alto nivel u “Oficial de cumplimiento”, totalmente independiente y quien, con el concurso de la Auditoría interna y de la Revisoría fiscal, debe mantener periódicamente informada a la Junta y a las autoridades sobre los resultados de su gestión.

El sistema supone el cumplimiento de un moderno mandato socrático: “Conoce a tu cliente” e implica estar en capacidad de detectar si realiza una operación inusual dadas sus capacidades económicas, el nivel de sus ingresos, sus hábitos de consumo y otros indicadores similares. Si ella se produce y una vez analizada, puede volverse “sospechosa”, caso en el cual debe ser reportada a las autoridades, normalmente sin responsabilidad del informante, como suele consagrarse en las leyes que se ocupan del tema.

Muchos bancos internacionales han procedido a regular internamente lo que denominan “función de cumplimiento” y que, vinculada o no con el responsable del departamento legal, tiene como propósito fundamental el de velar porque todas las áreas de la entidad cumplan las disposiciones legales, lo que resulta un tanto curioso pues se supone que eso lo que los bancos, como profesionales, deben hacer de forma espontánea y permanente. Por lo que la tendencia suscita varias lecturas: que se ha puesto en evidencia que no se está cumpliendo la ley como sería de esperarse, lo que genera riesgos legales y reputacionales que pueden impactar severamente la imagen de la institución y que haya que corregir la falla o que, quizás, es tanta la multiplicidad de las normas que no puede presumirse su conocimiento, razón por la cual, alguien debe encargarse de traducir las disposiciones legales en conductas operacionales cuya aplicación sea forzosa y cuyos incumplimientos eventuales sean inmediatamente detectables y corregibles.

31. Consultar el texto de la conferencia denominada “El abogado en un mundo sospechoso” dictada en el marco del XXIV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, realizada en Santiago de Chile los días 29 y 30 de septiembre de 2005.

3.3. Obligaciones del banco

3.3.1. Recibir depósitos

La primera facultad del cliente es realizar depósitos en dinero o en cheques. En este caso pueden ser a cargo del mismo banco o dentro del colega, sobre la misma plaza o sobre una diferente. Esta última hipótesis conduce a las llamadas “remesas”. Para todos los cheques se aplica el principio del “salvo buen cobro”, esto es, no puede disponerse del saldo sino cuando los mismos hayan sido pagados. Como en el caso de las remesas el tiempo de presentación es mas demorado, pues deben enviarse a su destino, cabe la posibilidad de que el banco acepte negociarlas, esto es, autorizar al cliente para girar sobre el saldo equivalente mediante el pago de una contraprestación.

3.3.2. Facilitar los documentos o mecanismos necesarios

Dice fundamentalmente con los cheques en cuanto se trate, como suele ocurrir, de documentos necesarios para el movimiento de la cuenta que deban ser extendidos en formularios preimpresos o autorizados por el banco.

Se extiende, así mismo, a los formularios o documentos requeridos para hacer las consignaciones,³² si bien algunos sistemas operacionales permiten realizarlas sin la elaboración de formulario alguno, bastando su recibo por el cajero y la expedición y entrega de un recibo que arroja la caja.

3.3.3. Llevar cuenta corriente e informar sobre su estado

El banco requiere conocer a cada instante el saldo de sus clientes. Si alguien se presenta a cobrar un cheque por ventanilla, no puede ignorarlo. Ello implica que mantenga una contabilidad en tiempo real, para utilizar una expresión de la banca electrónica.

Debe suministrar un estado periódico del movimiento de la cuenta o extracto de la misma, que registre sus movimientos y el saldo a la fecha de corte, el cual puede ser obtenido fácilmente y en cualquier momento y con cualquier periodicidad, por acceso a distancia, si media un acuerdo con el banco.

Muchas legislaciones consagran la obligación de devolver los cheques originales que hayan sido pagados durante el período, pero los bancos tienden a cumplirla poniéndolos a disposición del cliente en sus

32. Colombia. “Constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente el recibo de depósito expedido por el banco. ...” (Artículo 1384 Código de Comercio)

oficinas desde la fecha de corte. De hecho la compensación electrónica y el truncamiento en la circulación de los instrumentos, pues ellos reposarían en poder del banco depositario y no del librado, plantea un evidente problema práctico, pues sería preciso recogerlos en los distintos intermediarios para poder disponer de ellos.

En general, hemos defendido la conveniencia de que se conserven en los bancos, que suelen microfirmarlos y mantenerlos debidamente archivados, de manera que sea fácil obtenerlos si se requieren, por ejemplo, como prueba judicial.

3.3.4. Pagar los cheques

Constituye la obligación primordial del banco, que es la de devolver el depósito. Supone la verificación de una doble serie de requisitos: los que dicen con la que hemos llamado relación externa, surgida como consecuencia del libramiento del cheque a favor de un tercero tenedor que lo cobra, y la que denominamos relación interna que dice con el vínculo contractual con su cliente.

a) Requisitos de validez

Suponen establecer que el título llena los requisitos del título valor incluyendo la existencia de un banco librado, del derecho incorporado y de su oportunidad para ejercerlo, de la fecha y lugar de creación, de la legitimación del tenedor y de la existencia de una firma del suscriptor.

b) Requisitos de regularidad

Pero una vez establecido que quien se presenta es un tenedor legítimo del título valor, (relación externa) es preciso volverse sobre la relación directa con el cuentacorrentista, para verificar aspectos tales como que se trate de las chequera del librador, que la firma sea la registrada en el banco, que existan fondos suficientes, que no haya orden de no pago, etc.

c) Justas causas para no pagar

Surgen, en lo esencial, de no encontrar cumplidos, en todo o en parte, los requisitos que vienen de citarse y se extienden, normalmente, hasta la presentación extemporánea del cheque.

d) Pago parcial

Es una solución mercantil que excepciona el principio

tradicional de las obligaciones según el cual las mismas deben ser cumplidas en la forma y términos originalmente concebidos. Se explica por considerar que en el mundo de lo comercial y teniendo en cuenta que un pago parcial no es novatorio, es posible recibir un abono, lo cual no afecta los derechos del tenedor para ejecutar al deudor de inmediato por el saldo y, en cambio, libera en el monto del pago a los obligados en vía de regreso.

e) Responsabilidad por mal pago

Hemos dicho que pagar constituye la obligación fundamental del banco de restituir la suma depositada. Hemos visto cómo debe llevarse a cabo el pago, qué requisitos deben verificarse por parte del banco, en qué casos podría entenderse que existe una justa causa para no hacerlo y en qué consiste, por último, la figura del pago parcial. Debemos estudiar ahora qué sucede cuando el banco, creyendo cumplir con su principal obligación, realiza el pago en forma indebida. Advirtiéndose que la responsabilidad que pueda surgir a cargo del banco tiene que fundarse en la existencia de un daño para el titular, para cuyo resarcimiento pueda ser válidamente demandada la entidad. En otras palabras, la irregularidad eventual en el pago puede resultar irrelevante, desde el punto de vista de la responsabilidad del librado. Si pese, por ejemplo, a los defectos de fondo o forma del instrumento el pago se hace a la persona habilitada para ello, ésta no tendrá nada que reclamarle al librador del cheque ni el último tendrá sustento para poder demandar al banco, al no haberse causado ningún perjuicio. Lo que, en síntesis, significa que no todo pago irregular constituye un mal pago y que reservamos ese calificativo para aquellos casos en los cuales surge una responsabilidad a cargo del banco.

Se pueden clasificar en dos grandes grupos las hipótesis que originan un mal pago. En primer lugar, el pago realizado sin la debida verificación de los requisitos generales sobre la validez y la regularidad del instrumento, que originará responsabilidad en cuanto se acredite la producción de un daño como consecuencia de la conducta del banco. Y en segundo lugar, el mal pago vinculado a la falsificación de la firma o del formulario o a adulteraciones en el texto, que por implicar la comisión de hechos dolosos permiten presumir que se han realizado para obtener un beneficio indebido en detrimento de los intereses patrimoniales del titular de la cuenta y suelen aparejarlo.

En relación con el primer grupo de supuestos, nos basta observar que, en buena parte de los casos, el pago irregular, que podría ser calificado de mal pago por algunos, no produce responsabilidad a cargo de la institución por no irrogarse un daño a su cliente. Tomemos el caso de una persona que libra un cheque a cargo del banco librado

pero omite poner la expresión cheque, que vamos a suponer es elemento esencial del título en el país respectivo. El banco no se percató de la omisión y procede a pagarlo al beneficiario. Pues bien, en este supuesto aunque se tuvo por cheque al título que no lo era, la orden de pago fue atendida, el beneficiario recibió la suma y no tiene reclamación alguna que hacerle al titular. No existe el presupuesto indispensable que permitiría calificar de malo al pago y deducir una responsabilidad para el establecimiento bancario. E igual cosa podría decirse en relación con el lleno de los requisitos esenciales para tener al título valor como cheque en el momento de su presentación.

Pero si otros aspectos de irregularidad, por así llamarlos, se presentaran, como si el tomador no fuese en estricto rigor el último eslabón en una cadena ininterrumpida de endosos, de manera que desde el punto de vista técnico jurídico pudiese glosarse su legitimación para cobrar, esta circunstancia sería también irrelevante en la medida en que persona alguna reclamara por el hecho del pago o de la forma como se realizó; ni el cliente, de otra parte, rechazara el cargo en cuenta por corresponder a la suma por la cual había impartido la orden. Por lo tanto, es en la existencia del daño y en la posibilidad de imputárselo al banco que debe estudiarse el problema del mal pago del cheque.

En la segunda hipótesis de irregularidades, aquella que toca con las alteraciones, borrones, raspaduras y, en concreto, con la falsificación del instrumento o de algunas de sus partes esenciales, puede sostenerse que en la mayoría de los casos y en cuanto se trate de conductas dolosas, va a producirse, un perjuicio y por ende una eventual responsabilidad para el banco. Tal vez por eso los autores, al hablar de la responsabilidad por mal pago de un cheque, suelen limitarse con frecuencia a tratar tan solo este aspecto del problema.

Desde luego, como en el caso anterior, si pese a la existencia de un borrón el banco paga satisfaciendo la orden de su cliente, de manera que ni el tomador puede reclamar frente al librador ni éste frente al banco, la irregularidad en que éste haya incurrido carece de relevancia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual.

Por eso nos limitamos a estudiar los supuestos en los cuales la adulteración modifica algunos de los elementos esenciales como el nombre del beneficiario, sustituido por el de otra persona, o se aumenta la cantidad por la cual el cheque fue librado o se modifica la fecha de emisión para evitar que opere la caducidad, etc. En todos estos ejemplos el pago verificado por el banco puede traducirse en un perjuicio para su cliente, en forma inmediata, cuando paga una cantidad superior a aquella por la cual se había impartido la orden de pago, por ejemplo, o mediata, cuando paga a una persona distinta del beneficiario y éste

lo demanda y vence en juicio de manera que lo habilita para repetir contra el banco. No son muy afortunadas las legislaciones sobre cheques en relación con esta última hipótesis, pues los plazos para la reclamación por parte del titular corresponden a supuestos que no encajan de ordinario en el que acabamos de mencionar. La reclamación por mal pago, supone que el titular de la cuenta se entere de dicho pago. ¿Y cómo lo hace? A través, por regla general, de la recepción del estado de cuenta o del extracto periódico que el banco debe mandarle y que hemos comentado en este mismo capítulo. Es a partir de ese momento que el cliente puede percatarse, por lo menos en la mayoría de los casos, que se ha presentado un mal pago por los aspectos que venimos observando. Tal sucede si el cheque número 2732 de su cuenta fue librado según sus registros por 100 y aparece pagado por 1.000 o si hay un cargo en su cuenta que corresponde a un número de cheques que jamás ha formado parte de su libreta, para citar dos hipótesis frecuentes. Lo que en otras palabras significa que no puede reclamarse por un pago antes de conocer el cargo en cuenta a través del extracto a que hemos hecho referencia o recibir los cheques originales que haya pagado el banco, si tal cosa no ocurre simultáneamente.

Decíamos, sin embargo, que las legislaciones no suelen ser muy afortunadas al respecto porque no queda cubierta allí la hipótesis, por ejemplo, de que la falsificación haya consistido en cambiar el nombre del beneficiario para que un tercero, sustituyéndolo en forma abusiva, se presente a cobrar el instrumento. La constatación sobre esta modalidad de falsificación sólo será posible en los casos en que se recibe el original de un cheque pagado, pero no cuando tan solo se envía un estado de cuenta de cuya lectura el titular puede verificar que el cheque número tal fue pagado por la determinada suma, que corresponde con precisión a sus registros y sólo más adelante, cuando la persona a cuyo favor había sido librado y enviado por correo, por ejemplo, demande el pago de la obligación fundamental que dio lugar a su giro, va a evidenciarse la comisión de un delito que hasta entonces había estado a la sombra. Por ello, nos adelantamos a observar cómo, en esta hipótesis, las reglas que mencionaremos en seguida sobre plazos y caducidad no serían de aplicación, en estricto derecho, por cuanto parece inequitativo hablar de una caducidad en relación con un hecho que generaría una acción, pero se desconoce por la persona afectada por él, salvo que su ignorancia resultase culposa a la luz de las prácticas comerciales.

Los sistemas adoptados por las legislaciones parten de la premisa consistente en la notificación al titular de la cuenta del estado de la misma y del establecimiento de un plazo contado a partir de ese momento para que el cliente manifieste su conformidad o los reparos que la misma le merezcan, presumiéndose que de no formular estos

últimos dentro de ese plazo, se extingue la acción que tendría contra el banco para reclamar por el mal pago. Esto es, que al cliente se le exige una conducta positiva si quiere fundar su reclamación, consistente en manifestar en forma expresa su rechazo a cualquiera de los cargos relacionados en el extracto, dentro de un determinado plazo.

El plazo suele ser relativamente corto, como una quincena o unos meses y tiene mayor o menor fuerza frente a los jueces si está establecido por la ley o resulta de una cláusula impresa en el contrato adhesivo celebrado.

De todas maneras, la existencia de un plazo para reclamar es lógica porque, en caso contrario, existiría un permanente estado de indefinición en relación con cuentas que el cliente ha tenido posibilidad de estudiar, analizar y glosar, de haber encontrado alguna inconformidad. Es decir, con la aplicación del principio de un plazo presuntivo el banco quedará liberado de su responsabilidad por la sola circunstancia de que la reclamación no se formule en tiempo. Una vez presentada la reclamación la acción judicial resultante queda sometida a los plazos generales de prescripción o a los particulares establecidos por la ley en cada país.

Respecto a la responsabilidad del banco por haber pagado un cheque falsificado o cuya cantidad se haya alterado, existen dos teorías fundamentales que constituyen ejemplos representativos de lo que puede ser una evolución legislativa y doctrinal en este sentido.

En primer término, la llamada teoría del "riesgo creado" o de la "responsabilidad profesional" según la cual la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quien profesionalmente, esto es, de manera reiterada, pública y masiva, se beneficia con los resultados de la misma. Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es rembolsar a ese titular los dineros en la forma en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación, adulteración de las cifras, etc., no puede perjudicar a ese titular, sino que debe asumirse por el banco. De conformidad con esta teoría, probado que sea por el cliente que su firma, por ejemplo, fue falsificada o que la cantidad por la cual emitió la orden de pago fue adulterada, el banco tendría que responder por los perjuicios causados. Si se prueba que el cheque se libró por 100 y que la cantidad se adulteró pagándose por 1.000, el banco, en virtud de la aplicación de la teoría del riesgo creado o la responsabilidad profesional, deberá rembolsar la diferencia de 900.

La teoría de la culpa, en cambio, antes de sustentarse en la verificación objetiva de la falsedad o adulteración y deducir de allí una consecuencia automática, incorpora una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar la dicha falsificación o adulteración y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su culpa a la existencia de falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes, es determinante para poder evaluar la eventual responsabilidad. En esta teoría entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a la responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos. En todo caso el principio general, aun dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado. Por consiguiente, si el hecho se prueba en un proceso, corresponde al banco probar que hubo culpa de su cuentacorrentista o de su representante, sus factores o dependientes, es decir, aquellas personas que actuando en nombre suyo han podido obligarlo. Visto de otra manera: ante la reclamación del cliente le basta al banco presentar el cheque con base en cuyo pago procedió a cargar la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá probar la existencia de una falsificación o adulteración. Si se establece y para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa del titular o de las personas que puedan actuar en su nombre.

Algunas legislaciones establecen los casos en que el banco debe responder por las consecuencias del pago de un cheque y los supuestos en los cuales corresponde al librador la responsabilidad por la falsificación del instrumento, es decir, en forma expresa se refieren a las distintas hipótesis para precisar los supuestos que generan una culpa a cargo del titular. La mayoría de las legislaciones, sin embargo, dejan este problema a la libre apreciación del juez. El INTAL en su artículo 123 establece: "La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador dio lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes". Disposición de la cual puede concluirse, "*a contrario sensu*", que, de no existir esta culpa a cargo del titular de la cuenta, la responsabilidad corresponde al banco librado.

¿Cuáles podrían ser las conductas culposas del titular de la cuenta corriente invocables por el banco? Algunas se infieren por la ley o los reglamentos de lo que podríamos considerar el incumplimiento de la obligación de custodia sobre la libreta de cheques que

mencionaremos más adelante. En este caso puede preverse que si se falsifica un cheque de los entregados al librador y la falsificación no fuese visible de manera manifiesta, el banco no debe responder por el mal pago, porque una vez la libreta en poder del cliente éste asume los riesgos de su custodia y utilización. La falsificación o suplantación de la firma hecha en uno de los cheques supone que éste ha salido de las manos del titular por un descuido de su parte o, por lo menos sobre ese supuesto, opera la disposición legal o contractual. Pero fuera de este caso, riguroso en verdad con el titular, aun cuando lógico, pueden imaginarse algunos otros ejemplos no siempre fáciles de probar en un proceso, pero que pueden concebirse como razonables. Si, por ejemplo, el banco puede probar que el titular de la cuenta solía dejar cheques firmados en blanco encima de su mesa de trabajo para llenarlos más tarde o los entregaba así a algún empleado de su oficina para que él los diligenciara en la medida en que se fuera requiriendo, no cabría duda sobre la asunción de un riesgo, por cuanto cualquier persona que los tuviera a su alcance estaría en condiciones de llenarlos, en el primer caso, o su empleado o un tercero, sin su conocimiento o contra su voluntad, hacer lo propio en cualquier momento. Si se prueba que el titular de la cuenta al llenar el cheque dejaba espacios que, contra las recomendaciones usuales de la banca a sus clientes y lo que dice la elemental prudencia, permitan intercalaciones que realizadas con habilidad por terceros aparecerían lógicas en el contexto del instrumento; si, por último, contra la recomendación expresa del banco en el sentido de no librar cheques al portador o a personas desconocidas pudiera probarse que el cliente, en circunstancias poco recomendables, lo hizo; en todos estos supuestos y otros similares, el banco estaría en condiciones de sustentar, con alguna probabilidad de éxito, la posición de no responsabilidad, basado en la culpa del cuenta correntista como resultado de la cual se facilitó cometer la falsificación o adulteración.

Para terminar, valga anotar que existen hipótesis en las cuales la posición del cliente es débil desde el comienzo pues se trata de hechos o circunstancias que pueden contribuir indirectamente a la comisión del delito, de los cuales el cliente está enterado y que no pone oportunamente en conocimiento del banco librado. Tal ocurre cuando el cliente ha perdido su libreta de cheques o le ha sido sustraída o robada, lo cual, bien porque la ley lo establezca, o porque la razón lo indique, debe comunicarlo de inmediato al banco de manera que éste pueda extremar las precauciones tendientes a evitar un mal pago. De no dar este aviso la culpa del cliente puede tornarse excluyente, es decir, tener que asumir la totalidad de la pérdida originada en la eventual falsificación o crear condiciones menos severas para juzgar al banco, pues sólo será responsable en caso de que la alteración o falsificación fueren notorias, esto es, salten a la vista de manera tan burda que, aun cuando no se haya avisado al banco, éste deba rechazar los cheques

por aplicación de los principios generales. Por el contrario, si se trata de una falsificación o adulteración que sólo puede detectarse mediante un experticio técnico por no ser evidente a simple vista, el cliente deberá soportar en su integridad las consecuencias de la falsificación.

f) Responsabilidad por no pago

Si la obligación fundamental del banco es pagar los cheques, su no pago implica el incumplimiento de la misma y la responsabilidad correspondiente. Es decir, la posición del Banco es particularmente difícil por cuanto tiene que pagar; si se abstiene de hacerlo sin justificación será responsable y si paga mal, también. El principio general es que el banco debe pagar los cheques que el titular libre a su cargo, salvo que exista una causal justificativa que lo exonere de hacerlo o que tenga obligación de no pagar los cheques, por excepción, como la veremos adelante.

La consecuencia normal de incumplir la obligación de pagar se traduce en la necesidad de indemnizar al titular de la cuenta los daños y perjuicios originados por su negativa. Recuérdese de nuevo que el banco, salvo el caso de los cheques certificados o los que se asimilen a éstos, no responde jamás frente al tomador por el no pago. Sin embargo, el tomador puede demandar al librador para obtener no sólo el pago del título valor sino los intereses, costas, etc., que se deriven del incumplimiento y el proceso judicial. Pues bien, el librador, quien va a tener que responder ante el tomador por el no pago, está facultado para demandar del banco librado la indemnización de los perjuicios que le ha causado con su negativa. Si bien esos perjuicios deben probarse y ser determinados en el proceso judicial, la tenencia legislativa consiste en cuantificarlos en forma anticipada de manera que, en todo caso, el banco deba responder por un porcentaje determinado en relación con el monto del cheque, si se dejó de pagar o de la parte proporcional, si no se hizo el ofrecimiento del pago parcial, en los sistemas que permiten esta figura.

La tendencia está consagrada en forma clara en el proyecto INTAL en su artículo 112 que establece: "Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque, o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en el artículo anterior, resarcirá al librador los daños y perjuicios que se le ocasionen. La indemnización no será menor del 20% del importe del cheque, o del saldo disponible. La drasticidad de la sanción reitera la especial seriedad con que los bancos deben atender al cumplimiento de sus obligaciones, pero puede resultar excesiva en muchos casos, en especial en aquellos de duda en que el banco tendrá que decidir sobre la justificación o no de la causal que puede invocar para dejar de pagar. Y lo inequitativo de la solución se evidencia si se

advierte que, si el banco no paga por una causal que entiende justificada, lo hace precisamente para proteger los intereses de su cliente y evitar un eventual mal pago. Sin embargo, si más tarde el juez, en los casos en que la ley no las ha señalado en forma taxativa, estima que la causal invocada no justifica la negativa, el banco se ve sometido a una sanción muy gravosa que, incluso, podría llevar a algún cuenta correntista de mala fe a sentirse atraído por la posibilidad de que el banco se encuentre frente a una situación ambigua que lo lleve a no pagar.

3.3.5. Pagar intereses

Cuando se trata de cuentas remuneradas, advirtiéndose que, normalmente, y cuando excepcionalmente se pacta, su rentabilidad es bajísima o aun negativa pues los bancos tratan de estimular las operaciones a plazo más que a la vista.

3.4. Obligaciones del cliente

a) Mantener fondos suficientes

Como base necesaria para poder dar órdenes de pago al banco. La provisión resulta de la previa consignación de los mismos o de la concesión de un crédito utilizable en cuenta, como ocurriría con la apertura de crédito o el sobregiro.

b) Custodiar la chequera

Esta obligación de hacer tiene sentido porque solo quien custodia adecuadamente la chequera puede percatarse en forma inmediata de su pérdida o de la de alguno de sus formularios y, en este caso, advertir o prevenir al banco para evitar una posible defraudación. Incumplirla suele traducirse en disposiciones mas severas para el titular.

c) Utilizar los formularios o esqueletos exigidos por la ley

Cuando son formalmente necesarios, como en el caso de los cheques. Tal ocurre en los países en los cuales es necesario librar estas órdenes de pago en formularios elaborados o autorizados por el banco³³. O cuando se trata de realizar consignaciones, evento en el cual el banco suministra los esqueletos o preformas que deben ser diligenciados por la clientela.

33. Colombia. Sanciona la orden de pago que no se expida en cheques, privándola de los efectos y privilegios de los títulos valores. (Artículo 712 Código de Comercio)

d) Devolver los cheques al término del contrato

Algunas legislaciones lo consagran como mecanismo para evitar el riesgo, para el mismo cuentacorrentista, de conservarlos inútilmente en su poder.

3.5. Facultades del banco**a) Compensar**

Es medio extintivo de las obligaciones que se presenta cuando se dan obligaciones recíprocas, homogéneas y exigibles. Habilita al banco para abonar o cargar en cuenta de su cliente las sumas de las cuales sea deudor o acreedor con plenos efectos de acuerdo con la ley. En esta forma permite manejar la cuenta como receptáculo de todas las relaciones sostenidas con la clientela, de manera que al final el saldo obtenido es único y se refiere a todas ellas.

b) Exigir de inmediato los sobregiros

Pues se trata de un crédito de suyo transitorio y de ordinario costoso. El que el cliente pueda solicitar al banco un sobregiro – porque expresamente se lo solicite o porque implícitamente lo haga cuando libra un cheque sin fondos – no lo releva de su obligación fundamental de tener fondos suficientes. Por ello las legislaciones suelen consagrar que se trata de decisión discrecional del banco con lo cual solo expresan que la concesión de crédito supone un necesario acuerdo de voluntades. El cliente propone, esto es, hace una oferta de negocio jurídico. El banco decide si la acepta o no.

3.6. Facultades del cliente**a) Disponer de sus fondos**

Natural facultad del titular de la cuenta que refleja la posición del depositante respecto a los bienes depositados. Lo hace mediante el giro de cheques o en otra forma convenida con el banco. Hoy por hoy la utilización de tarjetas de acceso, en particular la de débito, constituyen mecanismo crecientemente utilizado para tal efecto.

Adicionalmente se utiliza la orden de cargar contra la cuenta las sumas debidas regularmente a terceros, como ocurriría con los pagos periódicos de servicios públicos, arrendamiento, universidades, etc.

b) Crear y demandar cheques especiales

Entre ellos cheques no negociables, cruzados, para abono en

cuenta, certificados, con provisión garantizada, de caja o de gerencia y de viajero para citar los más importantes.

Los cheques de gerencia pueden ser solicitados también por terceros, pero los bancos suelen reservar su expedición a su propia clientela, entre otras razones, por la necesidad de conocer sus clientes y las operaciones que realizan, lo que no es fácil de lograr cuando se trata de un petionario desconocido.

c) Revocar su orden de pago

Se distingue entre la simple revocación, esto es, la manifestación por medio de la cual el librador deja sin efecto su orden de pago y la oposición u orden justificada de no pago, mediante la cual el librador manifiesta su voluntad de restarle eficacia a la orden por una causal plenamente justificada, en su sentir o conforme a la ley.

Esta distinción doctrinal llevaría a sostener que, aun en los sistemas en los cuales no se permite la revocación sino una vez transcurrido el plazo de presentación, sería posible oponerse al pago del cheque, en una hipótesis como la de su sustracción o apropiación indebida en que puede presentarse la comisión de un delito y se pide al banco su concurso para evitar que la mala fe del usurpador cause un perjuicio indebido al beneficiario o al librador. Claro está que siempre existe el problema del tenedor legítimo, que habiendo adquirido el título de buena fe se presenta al banco a cobrarlo. Como, sin embargo, carece de acción contra el librado éste no adquiere ninguna responsabilidad por cuanto el único que podría deducírsela, su cliente, es quien precisamente lo ha instruido para que se abstenga de pagar. Sin que, por otra parte, se lesionen los intereses del tenedor, ya que mantiene a salvo sus acciones contra el librador del instrumento. En este orden de ideas, la solución de no pagar es la más equitativa y razonable.

La diferencia se consagra en algunas leyes comerciales y puede traducirse en disposiciones de carácter penal.³⁴ Tal el caso cuando se permite la libre revocación de la orden de pago, pero se sanciona penalmente el hecho de que resulte injustificada. De acuerdo con las normas sobre el contrato, el cliente puede dirigirse al banco antes del pago del título para anular la orden de pago impartida; sin embargo, si su conducta es caprichosa, si existe, por así decirlo, un abuso del derecho, porque carece de justificación, podrá verse incurso en sanciones penales que resultarán de la apreciación amplia que haga el juez de la

34. "El que emita o transfiera cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. (Artículo 248 Código Penal).

causa sobre su decisión.

4. Cuentas colectivas 35

Es posible que la cuenta corriente bancaria sea abierta no a nombre de una persona sino de dos o más. Esto nos permite estudiar tres hipótesis, las dos primeras de pluralidad de titulares, y la última, tan sólo, de pluralidad de personas facultadas para disponer de los saldos.

4.1. Pluralidad solidaria

Se trata de la hipótesis en la cual dos o más personas abren la cuenta y figuran como titulares de manera que cualquiera de ellas pueda disponer hasta de la totalidad del saldo disponible. En este caso los acreedores son solidarios desde el punto de vista activo, es decir, la obligación del banco se satisface pagándole a cualquiera de ellos.

Esta modalidad no deja de plantear problemas interesantes. Por ejemplo, ¿qué sucede cuando un tercero, en virtud de ser acreedor de uno de los titulares de la cuenta, inicia una acción judicial y se ordena el embargo de los saldos que ese cotitular deudor tenga en su cuenta corriente bancaria? ¿Se debe rechazar la orden de embargo por tratarse de una cuenta abierta a nombre de ese deudor y otra u otras personas? ¿Debe congelarse el saldo disponible en su totalidad? ¿Debe hacerse una congelación de la mitad, como si se tratara de una obligación divisible? La respuesta dependerá de los distintos regímenes procedimentales, en cuanto en ellos se contemple una solución específica.

Nos inclinamos a pensar que si existe solidaridad activa, debe traducirse en que la orden de embargo se atienda en su totalidad por cuanto, en últimas, la posible inequidad que pudiese cometerse con el otro o los otros titulares no sería mayor que la que el mismo afectado podría producir por su propia iniciativa cuando, abusando de su posición de coacreedor solidario, dispusiese del saldo que en verdad pertenecía a todos los titulares. Es decir, que en el caso de acreedores solidarios el riesgo que corren los demás frente a la mala fe de uno de ellos o a las vicisitudes judiciales, como sería el caso del embargo, está vinculado a la propia forma jurídica de esta modalidad de las obligaciones. Igual sucedería en caso de compensación legal o convencional cuando naciera

35. Para este apartado consultar además: Legislación:

- Circular Básica Jurídica;
- Código de Comercio: Artículo 1384.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 324-326.

una obligación a favor del banco, pero sólo a cargo de uno de los titulares acreedores solidarios.

4.2. Pluralidad conjunta o colectiva

Se refiere a la posibilidad de que una cuenta corriente sea abierta por dos o más personas, pero de manera que los fondos no puedan ser retirados sino por órdenes o cheques firmados por la totalidad de los titulares. En este caso es claro que no existe solidaridad activa y que la obligación del banco, al deber una suma de dinero a varios acreedores no solidarios, podría ser satisfecha por partes iguales en caso de conflicto. Frente a las dos vicisitudes mencionadas en el punto anterior, embargo de un tercero o compensación, si se aplica el principio de la divisibilidad, el embargo y la compensación tendrían que limitarse a la cuota parte ideal que pudiera asignarse a cada cotitular, aun cuando existen legislaciones en las cuales se establece, en el caso de la compensación, que ésta no correrá en tratándose de obligaciones que no sean a cargo de la totalidad de los titulares de la cuenta corriente. Prohibición que podría extenderse al caso de las cuentas en donde hemos hablado de solidaridad activa.

4.3. Librador facultativo

Así calificamos una hipótesis, ya no propiamente de pluralidad de titulares, sino de un único titular que ha facultado a otra u otras personas para disponer de los saldos existentes en la cuenta. Las diferencias con el caso de los acreedores solidarios son evidentes pues éstos disponen de los fondos como titulares del crédito, mientras el tercero actúa en nombre y representación del titular de la cuenta, como mandatario del mismo. Por lo tanto, su encargo puede serle revocado en cualquier momento por el titular quien puede designar en su reemplazo a una u otras personas. Se trata, entonces, de una simple pluralidad de personas autorizadas para girar contra la cuenta, pero solo existe un titular jurídico de la misma. En las hipótesis de embargo y compensación debe concluirse que ninguna de las dos cabría cuando se trate de órdenes judiciales dirigidas contra los bienes del tercero, signatario de los cheques por autorización del titular, o de deudas a favor del banco y a cargo suyo. Como no podría excusarse el banco de atender la orden judicial de embargo, cuando se dirija contra el titular de la cuenta por la sola circunstancia de que, por ejemplo, no sea él la persona registrada para disponer de los fondos, porque la simple suscripción de los cheques no exterioriza la titularidad patrimonial del derecho de crédito derivado del contrato o mejor, del depósito realizado.

5. Transferencias de fondos ³⁶

Si hemos estudiado, en términos generales, el contrato de mandato mercantil y presentado en una forma esquemática e integrada las disposiciones peculiares para este contrato y para la comisión como manifestación específica, es porque el mismo sirve de sustento en muchos casos a la prestación o realización de determinadas operaciones bancarias. Los principios expuestos serán entonces aplicables, desde el punto de vista jurídico, a todas aquellas hipótesis de prestación de servicios en las cuales el antecedente conceptual esté constituido por la celebración de un contrato de mandato. Veamos, en seguida, algunas manifestaciones de dicho contrato, que se presentan principalmente en la intermediación en pagos y cobros.

Dada la dinámica con que se desarrollan los negocios en el mundo moderno, los particulares, comerciantes o no, se ven impelidos a realizar numerosos pagos para atender la asunción de obligaciones, especialmente contraídas a plazo, o derivadas de la obtención de servicios corrientes e indispensables para vivir en sociedad. En consecuencia, todos los encargos que el banco reciba enderezados a pagar a un tercero una determinada suma de dinero corresponden a este primer grupo y en relación con ellos mencionaremos, para ilustrarlo, algunos ejemplos de relativa frecuencia.

5.1. Servicio de caja

Entre los servicios que el banco puede prestar a su clientela ocupa un lugar importante el llamado servicio de caja o posibilidad para el cliente de utilizar al establecimiento de crédito para atender pagos relacionados con sus actividades, como los de su nómina de empleados, de sus acreedores corrientes, etc., para lo cual podría hablarse de que el interesado “domicilia” la deuda en el banco e informa a los beneficiarios que a él deben dirigirse para obtener los pagos correspondientes. Lo ordinario será que el banco exija a su cliente listados y órdenes específicas contra las cuales puedan justificarse los pagos realizados, asumiendo la responsabilidad propia en el caso de incumplimiento o exceso en el ejercicio de sus facultades.

Desde luego que la posibilidad para el cliente de realizar los pagos a terceros no sólo surge de su iniciativa, como lo acabamos de mencionar, sino puede corresponder a la iniciativa de sus acreedores,

³⁶ Para este apartado consultar además: Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios*. Pág. 197-285, 392-395 y 759-761.
· Concepto No. 200001453-1 de mayo 10 de 2000. Superintendencia Bancaria de Colombia. (Físico)

los cuales han convenido con los bancos la posibilidad de que sus deudores, clientes del banco, puedan pagar en sus cajas. Tal es el caso del pago de servicios públicos, en donde la posibilidad de llevarlos a cabo en un banco no deriva de que el cliente haya notificado a la empresa de servicios públicos que le cancelará sus deudas por su conducto, sino que, a la inversa, son las empresas prestatarias del servicio las que establecen la facultad de utilizar las cajas de los establecimientos de crédito para cancelar las facturas periódicas cursadas con ocasión de los servicios. Igual ocurre cuando establecimientos con grandes volúmenes de ventas a plazo establecen la posibilidad o exigen a sus deudores hacer los pagos en un banco. En ambos casos, sin embargo, ya que el pago surja de la iniciativa del deudor, previa notificación a sus acreedores o resulte de la decisión del acreedor facultando a los deudores, nos encontramos frente a una intermediación por parte del banco en los pagos hechos por su cliente a terceros o por estos a su cliente.

5.2. Giros o transferencias

En este caso la expresión utilizada de giros tiene la acepción particular de transferencias de dinero de un lugar a otro, mediante la expedición de las órdenes de pago correspondientes por el mismo banco y no se trata, entonces, de órdenes de pago libradas por los clientes a cargo del banco que se traduzcan en una aceptación por su parte, sino, más bien, de una provisión de fondos destinada a que los mismos se coloquen en un lugar distinto y a favor del mismo constituyente o de un tercero. En otras palabras, que mientras en el giro, con la acepción que corresponde a la mecánica de los títulos valores, su obligación nace de aceptarlo, en este caso la obligación de llevar a cabo el encargo no es cambiaria y surge tan solo de la existencia de una provisión destinada a ser transferida en los términos del acuerdo.

Técnicamente puede hacerse una diferencia entre giros y transferencias, para circunscribir esta última expresión al traslado que resulta de una operación contable interna registrada por el banco que recibe la solicitud con una de sus oficinas o con la de un banco corresponsal, en virtud de la cual aquella o éste se comprometen con su ordenante, casa matriz o corresponsal, a hacer un pago a una determinada persona. Esto es, que en la transferencia con esta acepción restringida, el banco que recibe la solicitud y tiene la provisión se limita a transmitirla por los canales específicos de comunicación con las demás oficinas bancarias y mediante la elaboración de las notas o registros contables usuales en este tipo de operaciones, sin que al peticionario ni al tercero se les entregue un título que documente, por lo menos en forma autónoma el derecho a recibir esa suma. Lo que significa en la práctica que, si bien quien solicita el servicio conserva una constancia

cuya copia autoriza al banco para cargar en cuenta, si es su cliente, o se le expide un recibo como prueba de haber entregado los recursos, cuando se trata de un tercero no vinculado al banco, no es indispensable presentar la constancia ni el recibo para que el beneficiario, por lo general situado en plaza distinta, pueda demandar el pago. A éste le bastará identificarse, dando algunos datos sobre el monto de la suma que espera, el ordenante, etc., para que el banco proceda a realizar el pago.

En cambio, la expresión de giro suele circunscribirse a la hipótesis en la cual, existiendo también una solicitud de pagar al mismo ordenante o a un tercero, en esa u otra plaza, se expide un documento que va a servir de prueba para acreditar la condición de beneficiario de la suma respectiva. Cuando se quiere instrumentar en un título valor, con las ventajas y prerrogativas que ello implica y con los riesgos que naturalmente supone, el banco utiliza con frecuencia el sistema de expedir un cheque de gerencia o de caja, o sea, un cheque a su propio cargo, cuando el pago debe realizarse por una de sus oficinas o la emisión de un cheque a cargo de un banco corresponsal con el cual tiene cuenta, cuando en la plaza destinataria no tiene oficina propia. Este cheque puede ser a la orden del solicitante, como sucedería cuando piensa viajar a otro lugar y prefiere llevarlo en vez de numerario, o a favor de un tercero, en cuyo caso el dador de la orden recibe el cheque y lo envía a su beneficiario, para que éste proceda a cobrarlo en la plaza librada.

6. Tarjetas bancarias

Su estudio se vincula con la cuenta corriente bancaria porque los bancos limitan, de ordinario, su expedición a su propia clientela. Las de débito permiten cargar el saldo de la cuenta, simultáneamente con su utilización. Constituyen, como acabamos de decirlo, uno de los medios contemporáneos mas utilizados para que el depositante disponga de sus fondos.

Las tarjetas de crédito se ligan, en cambio, con las operaciones activas y permiten al banco obtener un préstamo, dentro del monto asignado a la línea de crédito contratada. Dada su cercana relación, entonces, con el contrato de apertura de crédito, estudiaremos el tema en el módulo III.

CASO PRACTICO DEL MODULO II**Cuenta Corriente**

El grupo Global, formado por varias compañías tiene relaciones de tiempo atrás con el Banco Santa Cruz, que ha establecido que todas las relaciones para obtener crédito se canalizarán a través de la tesorería general del grupo, esto es, que ninguna de las compañías individualmente consideradas está autorizada para tomar créditos.

Molinos el Viento, parte de dicho grupo, se entera el día tres del mes de Marzo que no tiene fondos suficientes en el banco para pagar cheques librados la víspera, esto es, que se encuentra en sobregiro y al investigar se percata de que en la semana anterior fueron pagados dos cheques que estima falsificados, circunstancia por la cual se produjo el sobregiro.

Hechos los estudios se encuentra que los cheques corresponden a la chequera original entregada a Molinos el Viento, que ellos corresponden a los registrados en el Banco, pero que las firman han sido falsificadas.

- a) Usted es el abogado de Molinos del Viento. Redacte en no más de una hoja (dos páginas) su carta de reclamación.
- b) Usted es el abogado del Banco. Redacte en no más de una hoja (dos páginas) su respuesta.
- c) Indique cuál sería su posición como juez frente al debate.

