

*A mi esposa y a mis hijos,
que siempre me brindaron su
permanente aliento*

PRÓLOGO

Escribir un libro sobre temas jurídicos es un hecho digno de elogio ya que representa una tesonera y difícil labor que demanda considerable trabajo, gran preocupación e importa una enorme responsabilidad, que no ocurre al escribir otros libros, en los que no se exige el rigor propio de la investigación jurídica.

Es la primera vez que prologo un libro y lo hago con las palabras más simples, pero con la sinceridad y afecto más grande, la que nació en nuestra época de escolares, cuando el autor y quien escribe estas líneas, departíamos y competíamos en diversas actividades en el Colegio «La Salle».

Grande es la responsabilidad que me ha confiado mi amigo JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE pero al leer su obra ella demuestra que constituye una profunda investigación en el campo del nuevo derecho y que se refleja en el título del libro “Los CONTRATOS BANCARIOS MODERNOS

La vocación jurídica y principalmente su abnegada labor docente, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, estoy seguro, son el mejor aval para volcar en el libro los conocimientos en los temas que en él se tratan, primero, porque su vocación se sustenta en un sólido pilar cual es las enseñanzas que recibió de su progenitor el destacado hombre de leyes Dr. Germán Rodríguez Escobedo, y segundo, porque enseñando se aprende y ese aprendizaje cada día es más profundo y con mayor hondura en la temática en la que se trabaja.

El libro trata sobre la Teoría General de los Contratos y los diferentes contratos bancarios modernos, tales como “El Contrato de Cuenta Corriente Bancaria”; “Los Contratos de Emisión de bonos”, «Los Depósitos de Ahorros»; «El Contrato de Fideicomiso”, “La Tarjeta de Crédito”, “Las letras hipotecarias”; «El Joint Venture”, “El Contrato de Underwriting”; «El Contrato de Franchising”, “El Contrato de Factoring”; “El Contrato de Leasing”; “El Contrato de Crédito Documentario” y “El Contrato de la Cajilla de Seguridad”, que su autor los desarrolla en forma simple y didáctica no sólo para que el libro pueda llegar a los hombres de leyes o estudiantes de derecho, si no que se presentan temas de interés general en el diario manejo bancario, por lo que la obra es de utilidad también a los usuarios de las entidades bancarias como a los banqueros mismos.

He leído la obra con detenimiento y mucha atención y no voy a pretender analizarla y menos explicarla en tan breves líneas, pero si quiero llegar a los lectores para sugerirles

que analicen todos y cada uno de los conceptos que ella contiene, porque esto constituye el aporte del autor para enriquecer el conocimiento jurídico en el aspecto contractual bancario, en una nueva sociedad que ahora se desenvuelve dentro de estos parámetros, nuevas formas de vivir y nuevas formas de contratar.

El contrato en general es un elemento jurídico entre las relaciones interhumanas, que funciona como el más constante y usual y por ello son de suma utilidad las obras como las que nos alcanza JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE, porque no sólo aclara los conceptos respecto a la nueva contratación bancaria, si no que nos permiten usar de ellos, en el ejercicio profesional y en la vida diaria. ¿Quién ahora no usa por ejemplo una tarjeta de crédito? y sabe que su uso significa la formalización de un contrato con los riesgos que ello implica.

Cualquier trabajo de investigación jurídica, merece una palabra de aliento, porque ello ha de incentivar a su autor a producir nueva y mejores obras.

Estoy seguro que a muy corto plazo tendremos entre manos otra obra de Javier, evidentemente propia de su especialidad.

Con este prólogo quiero en primer lugar felicitar al autor y ofrecerle la palabra de aliento a la que me he referido. El libro por su contenido, por su didáctica y especialmente por el amor con que ha sido hecho, ha de ser de apreciable utilidad para el conocimiento de “Los Contratos Bancarios Modernos”, que en nuestro país han cobrado especial interés y muchos de ellos recién han sido legislados en esta última década.

Finalmente quiero agregar algo muy personal. Me ha sido muy grato escribir este prólogo, porque mi identificación con JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE es tal, que a pesar de mis limitaciones, no hubiera podido negarme a ello y lo hago con profunda satisfacción, no sólo porque nuestras vidas y nuestra formación profesional, son semejantes, si no porque ambos tenemos ejemplos que seguir, el de nuestros padres, los dos destacados abogados, que también dedicaron su vida a la docencia universitaria en el campo del Derecho, lo que ahora con mucha satisfacción hacemos Javier y yo en la Universidad Católica de Santa María.

Muchas gracias amigo mío, por permitirme este honor, pido a Dios te bendiga y te ilumine, para que pronto puedas alcanzarnos otra creación, mejor y más profunda a la que ahora me has honrado prologar.

Arequipa, 14 de octubre de 1994

HÉCTOR DELGADO CASTRO
Decano del Colegio de Abogados de Arequipa

INTRODUCCIÓN

Los continuos cambios que experimenta nuestra sociedad, requiere de nuevas exigencias jurídicas que marchen al ritmo del modernismo, lo que va permitiendo el surgimiento de los llamados contratos modernos o contratos contemporáneos para el Siglo XXI.

Estos nuevos contratos surgen para solucionar las necesidades del intercambio comercial que los bancos y las empresas de nuestra generación han creado como solución a esta necesidad de orden social-económico.

Los contratos modernos son el producto de la autonomía de la voluntad, la evolución de la sociedad, la satisfacción de una necesidad social y la correcta utilización de un técnica contractual.

Es necesario explicar que los contratos se encuentran regulados por diferentes disposiciones legales, que podríamos agruparlos de la siguiente manera:

a.- Contratos regulados por el Código Civil tal; es el caso de los contratos de compraventa, permuta, fianza, hospedaje, suministro, arrendamiento, comodato, prestaciones de servicios que comprende a los contratos de locación de servicios, de obra, depósito, mandato y secuestro.

b. - Contratos regulados por el Código de Comercio; tales como la comisión mercantil, transporte terrestre, transporte marítimo, seguros y cuenta corriente mercantil.

c. - Contratos regulados por Leyes Especiales y usos comerciales; tal es el caso de los con tratos de sociedad, transporte aéreo, almacene-ras de depósito, agencia, distribución, concesión mercantil, franquicia comercial, corretaje y los contratos informáticos.

d.- Contratos modernos de naturaleza bancaria regulados por la nueva Ley de las Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros; tales como la cuenta corriente bancaria, ahorros, letra hipotecaria, leasing, factoring, tarjetas de crédito, crédito documentario, fideicomiso, underwriting, joint venture, descuento y el franchising, entre otros.

En los últimos años, han aparecido algunos de estos contratos, que por su uso frecuente se han universalizado, y que por su importancia analizaré en este trabajo, con la seguridad que este esfuerzo servirá como el abece de todo abogado, funcionario o trabajador de Instituciones bancarias y financieras, empresarios, estudiantes que siguen carreras profesionales en áreas afines y en general para todos aquellos interesados en la contratación moderna.

En cuanto al contenido de la obra, en la Primera Parte se hace un análisis de la Teoría General del Contrato, estudiándose temas elementales aplicables a todo contrato (incluyendo a los contratos bancarios), como la capacidad, el objeto, los elementos del contrato, la clasificación de los contratos, el consentimiento, el perfeccionamiento, los efectos de los contratos y la forma que deben adoptar los mismos.

Ha merecido un estudio especial el tema referido a los “contratos celebrados a distancia”; donde se analizan los contratos modernos celebrados por carta, telégrafo, teléfono, telex, fax, contratos a través de los cajeros automáticos y por computadoras empresariales.

En la Segunda Parte, se hace un estudio de las principales características de los contratos bancarios tradicionales como la cuenta corriente en el que se incluye el tema referido al cheque, sus características, efectos, acciones cambiarias y los diferentes cheques especiales, los depósitos de ahorros, la emisión de bonos, el contrato de descuento, el crédito documentario y el mutuo bancario, que nos permite efectuar un análisis de las garantías crediticias, especialmente la prenda, hipoteca, anticresis y otras.

También contiene un análisis de los nuevos contratos bancarios, denominados «contratos modernos» tales como el fideicomiso, la tarjeta de crédito, las letras hipotecarias, el joint venture, el underwriting, el franchising, el factoring, leasing y las cajillas de seguridad.

Un aspecto de suma importancia radica en haberse analizado y concordado las disposiciones de nuestro Código Civil, la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, y las diferentes Circulares Reglamentarias emitidas por la superintendencia de Banca y Seguros.

El presente trabajo tiene un enfoque práctico y de suma utilidad. En él se presentan referencias y citas de importantes autores nacionales y del extranjero, se transcribe disposiciones legales para una mejor comprensión del tema, las que han sido debidamente concordadas y actualizadas, ayudado por mi experiencia profesional en el campo del derecho bancario, con más de 25 años dedicados a la investigación jurídica, a la docencia universitaria y como funcionario del Banco del Sur.

Deseo terminar expresando mi reconocimiento a las personas que me han brindado su apoyo, de una u otra manera, en la realización de este trabajo, y mi especial gratitud a mi esposa y a mis hijos que siempre me brindaron su permanente aliento.

Arequipa, Octubre de 1994

JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

CAPITULO I

LOS CONTRATOS

La contratación hoy en día ha adquirido una importancia no imaginada que se presenta en casi todos los actos de la actividad humana, resultando un medio que posibilita la circulación de la riqueza, la propiedad, la industria, el comercio y cualquier actividad económica. Algunos tratadistas consideran como el torrente sanguíneo de una sociedad, cuyo progreso se mide en razón directa de su evolución contractual. Por el contrato se adquiere derechos pero también se asumen obligaciones que evitan la violencia, la explotación y la injusticia.

Desde el punto de vista económico, el contrato tiene mucha importancia puesto que casi siempre su contenido de este carácter al que da forma y lo hace obligatorio.

La finalidad de todo contrato es armonizar los intereses económicos inicialmente opuestos o al menos no coincidentes, razón por la cual es fuente usual de derechos y obligaciones, resultando fundamental en la vida social.

1. Definición

En términos generales, el contrato es el acuerdo entre dos o más partes, relacionados con un objeto de interés jurídico patrimonial. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones.

El Art. 1351 de nuestro vigente Cod. Civil lo define textualmente:

“El Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular, o extinguir una relación jurídica Patrimonial”.

La doctrina contemporánea parte de la premisa de que el contrato se extiende a todo el derecho obligacional y que de consiguiente, no sólo crea obligaciones, sino que también las regula, modifica o extingue.

Otro aspecto importante es el relativo al carácter patrimonial de la relación cuyo punto es muy discutido en la doctrina y responde también a las más modernas concepciones, según las cuales el contrato o tiene un contenido jurídico patrimonial o se resuelve siempre en la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

Al respecto debemos señalar que los actos jurídicos por su objeto se clasifican en patrimoniales y extrapatrimoniales

Son actos jurídicos patrimoniales aquellos en los que la relación jurídica creada versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica o pueda ser objeto de valorización. El bien tiene un valor real económicamente hablando por sus propias cualidades o características.

Los actos jurídicos extramatrimoniales son, en cambio los que versan sobre derechos que no tienen un valor económico, tales como las relaciones jurídicas del Derecho de la Persona y el Derecho de la Familia.

Atendiendo a la definición contenida en el artículo 1351, hay que reconocer que el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial y que la falta de estos dos elementos determinaría la invalidez del contrato como tal.

2. Los contratos bancarios

Son acuerdos entre una empresa bancaria y sus clientes cuyo objeto es crear, regular, modificar o extinguir las obligaciones patrimoniales que nacen de las operaciones propias de su objeto social.

Por los contratos bancarios surgen derechos y obligaciones para las partes, que da como consecuencia la ejecución de una operación bancaria.

En algunos casos el contrato y la operación pueden ser simultáneos en el tiempo y aún se confunden en la práctica en otros casos pueden ser contratos de ejecución inmediata como el caso del contrato de cuenta corriente que requiere de una investigación previa de la solvencia moral y económica del futuro cliente. Existen préstamos que requieren previamente la constitución de una garantía como la prenda o la hipoteca, y que sólo tan pronto ésta quede constituida se procede al desembolso del crédito.

La actividad bancaria es una de las más dinámicas por cuanto se encuentra en permanente proceso de innovación y cambio, toda vez que los sistemas económicos, los frecuentes cambios en los sistemas de comunicación e informática y los requerimientos de la sociedad, imponen la creación de nuevas operaciones y servicios bancarios que conlleva a la creación de nuevos y modernos contratos, nuevos títulos y formas de manejar o invertir el dinero.

Estas formas se tornan cada vez más sutiles y sofisticadas pues las investigaciones de los expertos encuentran distintos causes o combinaciones para desarrollar sus técnicas.

Ello se traduce en la multiplicidad de los servicios bancarios que, en algunos casos, son imprecisables en su número, como sucede con los encargos fiduciarios y las operaciones de comercio internacional en donde a diario surgen formas, modalidades, recursos e instrumentos operativos cada vez más exigentes. De esta manera los contratos bancarios tienen que vincularse a esta realidad operativa adecuándose a las nuevas exigencias modernas, donde la velocidad de las comunicaciones, el uso de equipo electrónicos como cajeros automáticos y computadoras empresariales, convierten a esta rama del derecho, en la más dinámica y moderna que cualquier otra.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL CONTRATO

1. Acuerdo de voluntades

La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconoce la existencia de la libertad de contrata y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación.

Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido celebrar. En realidad, considera MESSINEO que la libertad de configuración interna se refiere sólo a los contratos, típicos en los cuales la finalidad digna de tutela jurídica está garantizada por el hecho de ser tales contratos obra del legislador, ya que tratándose de contratos atípicos, en los que no existe esta garantía, quedará sin explicación que no se haya puesto a la libertad de configuración interna el límite de la citada finalidad.

Si bien es cierto que en los contratos atípicos no existe el control legislativo, debe tenerse presente que todo contrato está sujeto a la limitación establecida por la ley y las buenas costumbres.

El Art. 1354 del C.C. reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que:

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley”

La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción.

La pluralidad de personas presupone pluralidad de voluntades. Estas voluntades no deben ser mantenidas en el fuero interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse sino que deben ser expresadas y exteriorizadas.

El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, tal como lo establece el Art. 1352, que dice:

“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes...”

El Art. 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

VIDAL, basándose en dicho artículo dice que el Código ha definido una posición en el sentido de que la relación entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista.

En el área contractual, el artículo 1361 del Código civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla.

Según ARIAS SCHREIHER, el Código Civil ha adoptado una fórmula distinta a las clásicas que consiste en que si bien su punto de partida está en la teoría de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria, a la de la voluntad y la figura, en realidad se invierte”.

2. Pluralidad de sujetos

Presupone la existencia de dos o más partes cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el contrato presupone la existencia de dos o más partes por ello se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral cuyos intereses son distintos.

Suele denominarse parte y contraparte a los sujetos que intervienen en el contrato. En los contratos bancarios una parte es el Banco y la contraparte es el cliente.

Un aspecto importante con relación a los sujetos es el relativo a la capacidad de las partes. Al respecto se reconoce a la persona desde su nacimiento el derecho de goce o capacidad jurídica en cambio la capacidad de ejercicio sólo es ejercida cuando la persona tiene aptitud para celebrar un contrato. Por ejemplo la capacidad de ejercicio se adquiere en las personas naturales a los 18 años de edad y en las personas jurídicas cuando éstas han cumplido con constituirse y registrarse con arreglo a ley.

La ley señala que los mayores de 18 años de edad, puedan contratar por si mismos, mientras que los menores y los incapaces deberán hacerlo a través de sus representantes legales. En el primer caso serán los padres o tutores del menor, y en el segundo caso deberá intervenir en su representación un curador.

El Art. 43 del C.C. establece que son incapaces absolutos.

- Los menores de 16 años de edad.
- Los que se encuentran privados del discernimiento
- Los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable

Por otro lado el Art. 44, establece que son relativamente incapaces.

- Los menores de 18 pero mayores de 16 años.
- Los retardados mentales.
- Los que adolecen de deterioro mental.
- Los pródigos.
- Los ebrios habituales.
- Los que incurrn en mala gestión.
- Los toxicómanos.
- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Los incapaces relativos no privados de discernimiento pueden celebrar válidamente contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida cotidiana (Art. 1358).

Los representantes legales requieren autorización expresa del representado para disponer los bienes o gravarlos celebrar transacciones compromisos arbitrales, entre otros actos.

Un aspecto especial e importante es el referirnos a la contratación entre cónyuges, la misma que se encontraba prohibida en el Código Civil anterior. El Código Civil de 1984, regula expresamente los casos en que los cónyuges pueden celebrar contratos válidamente. Tal es el caso referido en el Art. 312 que establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre si respecto de los bienes sociales y en cambio para gravarlos o disponer de ellos, se requiere la intervención del marido y la mujer.

Por otro lado, la contratación es posible entre ellos, cuando los esposos hayan establecido un régimen de separación de bienes o tengan bienes propios.

Otras limitaciones las encontramos en el Art. 440 del C.C. que prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos, salvo autorización judicial. Similares limitaciones contiene el Código con relación al ejercicio de la tutela y curatela (Arts. 572 al 575).

Es importante resaltar que la doctrina actual no vacila en afirmar que no puede identificarse los conceptos de personas y de parte.

La primera se refiere a un ser o entidad dotado de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual. Se requiere que tenga personalidad propia, es decir, la aptitud para ser sujeto de derecho.

El concepto de parte no es tan fácil de explicar. Algunos la consideran a la del sujeto del acto, ante la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina “centro de interés”. En tal sentido, la parte es el “centro” en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato.

Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el de parte, porque en la mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés y en tal caso la parte contractual es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

Es así que el Art. 1351 en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, que cada una de esas partes está constituida por una o más personas,

3. Consecuencia Jurídica

Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial

CAPITULO III

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Se ha considerado hacer una clasificación de los contratos enfocándolos desde diferente ángulos, lo que nos permitirá explicarnos el diferente trato que les ha dado la ley.

1. Por su regulación

Pueden ser *contratos* típicos cuando está regido por una determinada disciplina legal, como es el caso del contrato de cuenta corriente, ahorros, fideicomiso, leasing, entre otros.

En cambio los *contratos* atípicos son aquellos que carecen de normatividad y que es consecuencia de un permanente proceso de te-novación y crecimiento, lo que se traduce en nuevas figuras contractuales nacidas bajo la influencia de factores económicos y de otro orden. Se consideran contratos atípicos el Underwriting, la Franquicia, el Joint Venture, entre otros.

2. Por su área

Por el área que cubren se clasifican en *contratos civiles* regulados por el Código Civil, *contratos comerciales* regulados por el Código de Comercio u otras leyes, *contratos bancarios* a los regulados por el Derecho Bancario y los contratos especiales regulados por Derechos Privados Especiales como el Agrario, Minero, Trabajo, entre otros.

3. Por su autonomía

Se divide en contratos Principales, accesorios y derivados:

- a. El *contrato Principal* es aquel que no depende de otro que le precede y por lo tanto tiene vida propia, como los Contratos de mundo, Crédito documentario, descuento, factoring, etc.

- b. El contrato *accesorio* es aquél que depende lógicamente y jurídicamente de otro contrato. No tiene vida propia, como los contratos de prenda, hipoteca, fianza entre otros, que dependen de un Contrato principal
- c. El *contrato derivado* es cuando se desprende de otro contrato, como sucede con el contrato de subarrendamiento y en la subcontrata de obras, para citar dos ejemplos.

4. Por su estructura

Pueden ser contratos simples y complejos.

- a. Son *contratos simples* cuando su Contenido es uno solo y tanto la prestación como la contraprestación se presentan con suma simplicidad
- b. El *contrato es complejo* cuando presenta factores distintos y que pueden motivar diversas formas de obligación, pero dentro de un mismo acto, por ejemplo, el contrato de préstamo con encargos de pagos de servicios y Opciones de compra.

5. Por su prestación

Existen contratos que la prestación la debe cumplir una de las partes, y los contratos de prestaciones recíprocas, que las prestaciones corresponden a ambas partes.

6. Por su valoración

Hay contratos *onerosos*, como aquellos en que las partes se benefician económicamente, y los *gratuitos* que representan un desprendimiento económico para una de las partes y en cambio un beneficio para la otra parte. Lo gratuito es en otras palabras sinónimo de liberalidad como el caso de la donación.

7. Por su forma

Los contratos pueden ser consensuales, reales, literales, solemnes y por libertad de forma.

- a. El *contrato es consensual* cuando es suficiente el consentimiento de las partes para que se considere perfeccionado, sin que se requiera ninguna otra formalidad o requisito.
- b. El contrato es real cuando la entrega del bien es el factor esencial, es decir que el perfeccionamiento del contrato se da con la entrega de la cosa.
- c. El contrato es literal cuando los acuerdos y condiciones constan de un documento redactado por las partes.
- d. El contrato es solemne cuando debe perfeccionarse elevándose a escritura pública, como es el caso del contrato de fideicomiso entre otros.
- e. Finalmente se permite que las partes puedan adoptar la forma que vean por conveniente, en cuyo caso estaríamos frente a los contratos con libertad de forma, como es el caso de los contratos perfeccionados por teléfono, fax, telex, cajeros automáticos, entre otros.

8. Por su ejecución

Los contratos pueden ser de ejecución instantánea, inmediata, diferida y de tracto sucesivo.

El contrato de *ejecución instantánea* es como su nombre lo indica, aquél que se agota en el mismo acto en que se ejecuta. Por ejemplo, un sobregiro otorgado en el mismo momento en que fue solicitado.

El contrato de *ejecución inmediata* es aquél que tiene eficacia desde que se celebra, y a partir de ese instante los derechos y obligaciones que le son inherentes se ejercitan sin más trámite. Es necesario la celebración del contrato que puede realizarse en actos sucesivos, pero no en forma instantánea como el caso anterior.

El contrato de *ejecución diferida* tiene por característica que su eficacia queda en suspenso hasta el momento en que resulten exigibles tanto los derechos como las obligaciones contenidas. El contrato nace desde su celebración, pero sus efectos están postergados. Por ejemplo un contrato de apertura de crédito, por el cual el Banco se obliga a prestar una suma de dinero a su cliente, de ganar una subasta pública a realizarse en el futuro.

Finalmente el contrato de tracto *sucesivo*, es el más frecuente dentro de esta clasificación, y tiene por característica que su ejecución es continuada o periódica, como los contratos de mutuo que son pagados mediante cuotas mensuales o trimestrales.

9. Por su formación

Existen contratos de negociación previa y otros de adhesión.

Ordinariamente los contratos tiene una fase preliminar denominada de negociación en la que los interesados intercambian punto de vista y planteamiento hasta lograr el acuerdo de voluntades celebrando el contrato respectivo.

Existen otros contratos que no admite la etapa de negociación, pues las cláusulas o estipulaciones están previamente determinadas e impresas en un contrato elaborado por una de las partes, quedando la otra parte en la facultad de aceptar el contrato o rechazarlo.

A estos contratos se les conoce como “*contratos de adhesión*”.

Los contratos de adhesión son los más utilizados por las instituciones bancarias, debido principalmente a que los créditos y servicios bancarios son prestados en forma masiva, que obliga a la redacción de contratos en forma anticipada con las condiciones generales establecidas por la entidad bancaria, de acuerdo con lo previsto por la ley o al impulso de su propia iniciativa. Por consiguiente, los clientes que contratan con un banco se limitan a expresar su aceptación o rechazo.

No cabe duda que los contratos de adhesión son verdaderas formas contractuales en cuanto el consentimiento se exprese en debida forma y sin vicios. Lo que significa que la existencia de condiciones generales a los cuales deben adherir los clientes permita a los bancos establecer normas y condiciones que faciliten a una determinada operación bancaria.

10. Por su riesgo

Pueden ser contratos conmutativos y aleatorios.

Son *contratos conmutativos* cuando cada una de las partes, son conscientes de un hecho cierto y concreto, pues estiman anticipadamente el beneficio que obtendrán al celebrar el contrato.

Los *contratos aleatorios* son llamados también de “suerte”; se parte de un hecho incierto, existiendo para ambos un factor de riesgo no predeterminado y cuyo esclarecimiento se producirá sólo con posterioridad, por ejemplo la compra de un billete de lotería, donde se ignora el resultado del sorteo.

CAPITULO IV

EFECTOS DE LOS CONTRATOS

De conformidad con el Art. 1363, “sólo *producen efectos* entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”.

Esta norma responde a principios universalmente reconocidos, según los cuales los contratos no surten efectos más allá de las partes que lo han otorgado, y al fallecimiento de alguna de las partes se extiende a sus herederos, sean éstos a título singular o universal.

La excepción señalada en el artículo comentado, está referida a los derechos y obligaciones que expresamente por ley o por el acuerdo de las partes se hayan declarado no transferibles.

La regla en consecuencia es que los contratos no producen efectos respecto de terceros. No existe razón para que cuando una persona se haya obligado a pagar un préstamo el Banco por incumplimiento lo cobre a tercera persona que no ha intervenido en el contrato.

Sin embargo es claro el dispositivo al señalar que en el caso del fallecimiento del deudor, los herederos deben de cumplir con el pago correspondiente. Pero, también existen situaciones que no pueden ser transferibles, sobre todo en los contratos personalísimos como por ejemplo la prestación de servicios profesionales pues con el fallecimiento del Abogado o del Médico, se extingue necesariamente el contrato.

Especialmente los contratos bancarios tienen un carácter personalísimo, ya que el manejo del crédito implican la concesión recíproca de las más alta confianza, y, por consiguiente, podemos afirmar que estos contratos se celebran *intuitu personae*, esto es, en consideración a las calidades personales de quienes contratan con los Bancos. Ello explica, porque en muchos contratos cabe la terminación unilateral por parte del Banco, que obedece en la mayoría de los casos, a que desaparecen las condiciones de moralidad o solvencia que se tuvieron en cuenta al celebrar el negocio.

Estos contratos personalísimos están basados evidentemente en los principios de la buena fe, en la mutua confianza que existen entre las partes, es por ello que las legislaciones sancionan con particular severidad los abusos de la buena fe, como sucede en los giros de cheques sin tener fondos suficientes, o con firma adulterada o sobre cuentas canceladas.

CAPITULO V

EL OBJETO DE LOS CONTRATOS

1. Definición

De conformidad con el Art. 1402 el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. En suma el objeto del contrato, es en esencia, una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

a. Creación de una relación jurídica

Es una función contractual que menos dificultades presenta, pues a parte de las limitaciones impuestas por normas imperativas (la ley o las buenas costumbres) es posible crear relaciones jurídicas patrimoniales que satisfagan las necesidades de los contratantes.

En tal sentido el Art. 1354 establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario o norma legal de carácter imperativo. En todo caso, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En consecuencia, salvo estas limitaciones, mediante el contrato las partes pueden crear toda clase de obligaciones utilizando para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

b. Regulación de Una relación jurídica

El término empleado por nuestro Código ha causado cierta confusión, pues para algunos autores piensan que la expresión regular es el equivalen de la expresión modificar. En todo caso, la modificación supone un cambio de lo existente, la regulación no tiene ese alcance. En materia contractual las partes pueden regular o precisar los alcances de una relación jurídica o bien interpretarla o estableciendo reglas de detalle (procedimientos de ejecución modalidades de ejercicio de los derechos) que no implica la modificación de la relación jurídica original.

Normalmente las partes obligadas pueden considerar conveniente regular los alcances de sus respectivas obligación sin aumentarlas, disminuirlas ni modificarlas.

c. Modificación de una relación jurídica

Es frecuente que por diferentes circunstancias las partes se vean precisadas en modificar las obligaciones existentes originalmente en el contrato, es decir, modificar el contenido del contrato sin extinguir supone un cambio de las condiciones u obligaciones existentes.

d. Extinción de una relación jurídica

Esto ocurre cuando las partes deciden Poner término al contrato antes de su vencimiento. Esta figura jurídica se le conoce con el nombre de “distracto”, que es el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes.

Es de advertir que el distracto sólo puede tener lugar para poner fin a una relación jurídica cuyas prestaciones aún no han sido ejecutadas o cuya ejecución sea continua o periódica

Como una especie de distracto existe el mutuo disenso, que es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial nacida de un contrato, sobre esto LEÓN BARANDIARÁN sostiene que el mutuo disenso sólo puede operar en los contratos bilaterales (prestaciones recíprocas) y no en uno unilateral, porque entonces se confundiría con la remisión.

2. Licitud de la obligación

El Art. 1403, se refiere a la licitud de la obligación y a la posibilidad de la prestación y de su objeto, indicando lo siguiente:

“Art. 1403.- La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella, deben ser posibles”.

La obligación debe ser lícita, pues si fuera contraria al orden público, las buenas costumbres y en general a la ley, sería ilícita y con ello arrastraría su invalidez. En otras palabras debe encontrarse conforme con el ordenamiento legal.

Distinta, por lo demás, es la situación de la prestación, que es, el objeto de la obligación y que sólo puede ser posible o imposible física o jurídicamente, al igual que el bien, el servicio o la abstención que son objeto de la prestación.

Todo contrato tiene un contenido obligacional. Es decir que al crear obligaciones, las partes se están obligando a dar, hacer o no hacer algo. Estas obligaciones generan el cumplimiento de determinadas prestaciones cuyo objeto pueden ser bienes o servicios.

En el caso de las obligaciones de dar, comprende prestaciones de entregar bienes o dinero, en las obligaciones de hacer, las prestaciones están referidas al cumplimiento de determinados servicios, y en las obligaciones de no hacer, la prestación es una abstención de no dar o no hacer algo.

En cualquiera de estos casos, el objeto del contrato debe ser lícito (crear, modificar, regular o extinguir obligaciones), y el objeto de las prestaciones que se obligan deben ser posibles física y jurídicamente, es decir que la obligación de dar, hacer o no hacer deben ser posibles, así como el objeto de ellas (bienes, servicios o abstenciones).

CAPITULO VI

FORMA DE LOS CONTRATOS

1. Concepto

En el derecho moderno la forma tiene la función de proteger a las partes que intervienen en un contrato y su trascendencia es mayor en cuanto tutela los derechos de terceros. De esta manera, los contratos establecidos con arreglo a determinadas formalidades previstas por la ley o por las partes, brindan mayor seguridad jurídica que los celebrados sin ninguna formalidad.

No se trata de la celebración de un acto formal sino la expresión del consentimiento con ciertas formalidades con el objeto de proteger a las partes y brindarse una adecuada seguridad jurídica.

El perfeccionamiento de determinados contratos está condicionada al cumplimiento de determinadas formalidades.

ARIAS SCHREIBER al referirse a la forma del contrato señala que la doctrina distingue entre la forma entendida en sentido amplio y la forma en sentido estricto.

La primera considera como el medio por el que se exterioriza la declaración de voluntad y al lado suyo los demás elementos que en cada caso acompañan al contrato. La forma se convierte en un elemento esencial del contrato, pues la voluntad tiene que exteriorizarse de alguna manera para que aparezca y tenga trascendencia en el mundo del Derecho. La forma es en este sentido amplio, un “plus” que se añade al acuerdo de voluntades.

Las partes podrán servirse de cualquier forma, siendo las más frecuentes la oral y la escrita. Desde este punto de vista, todos los contratos son formales.

En cuanto a la forma en el sentido estricto, está referido a un medio concreto y determinado para la exteriorización de la voluntad contractual exigiéndose en algunos casos la obligatoriedad de determinada forma bajo pena de nulidad, aparecen así los contratos solemnes, y por lo contrario, los contratos no formales son aquellos en que la forma no es un presupuesto necesario para la validez.

En este sentido, la forma es un “plus” que se añade a la voluntad y que en todo caso por mandato de la ley o por el acuerdo de las partes condiciona la validez del

contrato a su realización, contrato que por acuerdo de las voluntades de las partes existe, pero cuya validez y por consiguiente, su eficacia, dependerá de dicha forma.

De lo expresado se concluye que la forma es “la manera por medio de la cual se manifiesta la declaración de la voluntad de las partes, o sea el aspecto exterior que esta presenta”. Se trata de otro elemento esencial e indispensable de la contratación.

2. Presunción juris tantum

Otro cambio introducido en nuestro Código Civil es el referido a la presunción *juris tantum*, según la cual si las partes han convenido previamente seguir determinada forma para un contrato aún no celebrado, se estima que ella ha sido la deseada para la validez del acto, salvo prueba en contrario.

El Art. 1411, así lo determina:

“Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.”

En estos casos la forma es un elemento esencial para la configuración del contrato, pero deberá ser considerada, como una excepción, ya que la regla general siempre es que la forma no es requisito de validez de los contratos.

3. Clases de formas:

a. Contratos legales

Aquellos que obligatoriamente deben celebrarse por escrito, tal es el caso de los contratos de suministro, secuestro, fianza, compromiso, arbitral entre otros, en cambio hay otros contratos que obligatoriamente deben elevarse a escritura pública bajo pena de nulidad, como es el caso del contrato de constitución social, los contratos de garantías hipotecaria y anticrética, el mutuo entre cónyuges, la donación de inmuebles, el fideicomiso, el contrato de mandato cuando se autoriza la disposición de la propiedad o gravar sus bienes, el de renta vitalicia, entre otros.

b. Contratos convencionales

Ha sido regulada por el Art. 1411, y se presenta cuando las partes han convenido anticipadamente adoptar una forma determinada, que es presupuesto indispensable para la validez del acto.

CAPITULO VII

EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

A principios de Siglo, uno de los elemento esenciales de todo contrato estaba constituido por la regla de que el simple acuerdo de voluntades bastaba para perfeccionarlo.

El consentimiento es el resultado de la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes. en este orden de ideas, el consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Una de ellas promete y la otra acepta, y ambas declaraciones dan lugar a una nueva denominada voluntad contractual y que es el resultado de las voluntades individuales, y que constituye una entidad nueva capaz de producir por si el efecto jurídico deseado.

Esa voluntad contractual resulta del encuentro de la oferta con la aceptación, que si bien constituyen declaraciones de voluntad procedentes de centros de interés distintos, tiene un mismo contenido.

El Art. 1352 de nuestro código Civil, supera las deficiencias del Código de 1936, al establecer con claridad que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, no siendo en consecuencia la entrega del bien el elemento perfeccionador de él, sino un elemento de cumplimiento de lo prometido. Esta modificación permite que entre el acuerdo de las partes y la entrega o cumplimiento de lo prometido. Esta modificación permite que entre el acuerdo de las partes y la entrega del cumplimiento de lo prometido, transcurre un lapso de tiempo muchas veces largo que se traduce con cierta frecuencia de situaciones dudosas y a veces conflictivas.

Por otro lado el Art. 1373 establece que los contratos quedan perfeccionados en el momento y lugar en que las aceptación es conocida por el oferente.

Es común la celebración de contratos cuyos sujetos se encuentran presentes, donde la oferta y la aceptación se ha producido en un término sumamente breve, produciéndose un acto jurídico de formación instantánea, donde los que intervienen intercambian sus declaraciones de voluntad de modo inmediato.

En cambio, si se suscitan problemas tratándose de la formación de un contrato entre ausentes, pues entonces no existe coincidencia en cuanto al momento en que se formula

la aceptación y aquél en que ésta es conocida por el oferente, por lo que hay que establecer cuando ha nacido el contrato.

Por la naturaleza del tema y el especial interés que reviste el estudio de la contratación entre ausente o denominado también los contratos a distancia, en el siguiente capítulo nos dedicaremos a él.

CAPITULO VIII

LOS CONTRATOS A DISTANCIA

En tiempos modernos muchos de los contratos se celebran entre personas no presentes, que algunos tratadistas los consideran como contratos a distancia o entre ausentes, que adquiere su estudio importancia por los nuevos mecanismos de comunicaciones electrónicos que facilitan las ofertas y aceptaciones, aún sin que los sujetos se hayan conocido en lugares distantes y en tiempos reales inmediatos.

Cuando nos referimos a los ausentes, debemos precisar que se entiende por ausencia el hecho de que una persona esté separada de la otra o alejada de un determinado lugar, o estando presentes no tengan posibilidad de dialogo por diferentes razones, por ejemplo el uso de un cajero automático.

El problema de la contratación a distancia, que se realiza mediante correspondencia, teléfono, cajeros automáticos, fax, telex, computadoras y tarjetas electrónicas o cualquier otro medio similar, es uno de los más complejos de la disciplina contractual y ha suscitado grandes polémicas con planteamientos totalmente diferentes.

Los contratos a distancia se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación del beneficiario de la oferta. El contrato sólo existe, cuando ambas partes están informadas de que hay acuerdo entre ellas y se ha producido la coincidencia de las voluntades.

Nuestro Código, en su Art. 1374 se inclina por la teoría & conocimiento, por estimar que es el sistema que plantea menores objeciones, adicionando a la presunción *juris tantum* de que la aceptación es conocida en el momento en que llegue a la dirección del oferente.

Conocida la aceptación el contrato se perfecciona en términos generales en el momento y lugar en que se cierra el circuito, esto es en el momento que el oferente toma conocimiento de la aceptación.

La importancia que tiene el saber cuándo y donde surge la vida jurídica del contrato es indiscutible, especialmente cuando se presentan problemas como el de la determinación del límite temporal para revocar la oferta o la aceptación, la capacidad de los contratantes, los riesgos propios del objeto de la obligación, la determinación de los precios del mercado, o en fin la posibilidad de resolver los contratos por determinados incumplimientos.

El *locus contractus* por su parte, puede llegar a tener una indudable importancia, especialmente para determinar la competencia del juez a quien corresponde conocer de los posibles litigios, la aplicación de la ley cuando el contrato es celebrado por personas sometidas a diferentes ordenamientos jurídicos o los usos y costumbres diferentes que han de tenerse en cuenta para la interpretación de los mismos.

Trataremos de analizar los problemas más importantes que nos hemos referido anteriormente, en busca de algunas alternativas a las mismas.

1.-El primer problema es el referido a la terminología comúnmente empleada induce a error o es demasiado esquemática, necesitando de ulteriores precisiones.

Algunos tratadistas como ROVIRA y PALOMAR, lo denominan a estos contratos “contratación por correspondencia”, que es sólo geográficamente, lo mismo puede decirse de la llamada “contratación entre ausentes”, dado de que este calificativo tiene, en nuestro Código Civil, un estricto significado técnico-jurídico. Para otros autores, consideran más conveniente utilizar la expresión de “contratos entre personas distantes o ‘contratos a distancia’, terminología avalada por autores tan prestigiosos como MESSINEO.

2.- El segundo problema es el referido al esquemático, pues los contratos celebrados entre presentes no presentan mayores problemas ni comentarios, en cambio los contratos celebrados entre ausentes, muestran serios vacíos, especialmente cuando el Código se refiere a que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es recibida en la dirección del destinatario, lo cual plantea serias dificultades al tratar de fijar en cual de los dos grupos han de encuadrarse los contratos celebrados por teléfono, fax, telex, tarjeta de crédito, terminales empresariales y demás medios de comunicación moderna, dado de que estos medios ponen en contacto directo e inmediato a las personas que lo utilizan, no obstante la distancia existente entre las mismas, de modo tal que parece comulgar con las características de los contratos celebrados entre personas presentes, por lo menos en cuanto se refiere el momento de su celebración.

MORENO QUESADA, clasifica a estos contratos de la siguiente forma:

- a. Contratos entre presentes los celebrados en forma instantánea o de formación sucesiva, siempre que el oferente concede a la otra parte, presente, un plazo de deliberación para aceptar.

- b. Contratos a distancia, celebrado por personas distantes, que puede ser a su vez, de formación sucesiva cuando se utiliza la correspondencia epistolar o telegráfica, o de formación instantánea como sucede en los casos de contratación por medio del teléfono, fax, cajeros electrónicos, tarjetas plásticas electrónicas y centros o terminales crediticios computarizados.

3.- Otro problema es la expresión “dirección del destinatario” que lo utiliza nuestro Código que si bien, es reciente, no resulta e término moderno que podamos emplear para perfeccionar un con trato cuando se utilizan medios de comunicación electrónica como los anteriormente referidos.

1. Los contratos a distancia de formación sucesiva

Entendemos como tales aquellos contratos, a concluir entre personas físicamente alejadas entre si, siempre que, por la lentitud del medio de comunicación empleado y además de un intervalo posible entre la declaración de voluntad del que formula la oferta y aquella otra que entraña la aceptación de la misma, exista, en todo caso, un intervalo relevante entre la emisión de esta última, y su conocimiento por el destinatario. Los contratos concluidos de esta forma son generalmente por carta o telégrafo, que analizaremos brevemente.

a. La contratación por carta

La correspondencia epistolar es el ejemplo clásico y más antiguo que junto con la intervención del mensajero, constituía en Roma, el medio utilizado para la celebración de contratos consensuales entre personas alejadas la una de la otra.

El mensajero era un intermediario y tal como lo señala MANRESA la “Contratación se realizaba por intermediario. No debe confundirse con ella la que se hace por medio de apoderado. El intermediario no tiene facultades para contratar, tiene sólo el encargo de transmitir la oferta, la aceptación o ambas. Si lo hace llevándolas escritas tiene la misma figura que enviadas por el correo. Si el intermediario desempeña su misión de palabra, debe equipararse al caso anterior, a los efectos de la perfección del Contrato.

Importante es la nota de ENNECCERUS-NIPPERDEY, que señala “se debe dar igual trato que a una declaración entre presentes a la emitida por un mensajero de modo inmediato al destinatario”.

Existen diferentes teorías referidas al momento en que se perfecciona el contrato por correspondencia, las que sostienen lo siguiente:

a. Teoría de la emisión: Llamada también de la declaración, tiene su fundamento en que el contrato se perfecciona en el lugar y la fecha en que se emitió la carta de aceptación, tal como lo establece el Art. 184 del Código de Obligaciones y Contratos del Líbano, que textualmente dice:

“Cuando los tratos tienen lugar entre ausentes, por correspondencia o mensajero, el contrato es perfecto desde el momento y en el lugar donde el destinatario de la oferta ha emitido la aceptación”.

b. Teoría de la remisión: Llamada también de la expedición, que señala que para el perfeccionamiento del contrato, es necesario que la declaración de voluntad, aceptando, sea expedida al oferente, es decir que el aceptante haya hecho todo lo posible para que éste llegue a su destino. Participan de esta teoría el Código Argentino, al establecer en su Art. 1154 “la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde aquella se hubiera mandado al proponente”.

c. Teoría de la recepción: Conforme a la misma, la aceptación no es definitiva hasta el momento en que la aceptación llegue al oferente, sea en su domicilio o establecimiento, entonces tiene lugar el perfeccionamiento del contrato.

d. Teoría de la cognición: Llamada del conocimiento o de la información; señala que el contrato queda perfeccionado en el momento que el oferente recibe la declaración de voluntad de aceptación y toma efectivo conocimiento de ella.

En nuestra legislación el Art. 1373 del Código Civil vigente, establece:

“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

Para la contratación por carta, nuestro Código sigue la teoría del conocimiento, es decir que el contrato se perfecciona tan sólo cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación.

Hasta aquí, la cuestión del *momento* de formación de los contratos concluidos por medio de carta.

Respecto del *lugar*, y como es sabido, nuestro Código Civil, establece una presunción es favor del lugar en que se hizo la oferta. Como quiera que, las cuestiones de momento y lugar, de espacio y tiempo, están mutuamente relacionadas, lógico es que, se presuma que el lugar de formación del contrato es aquél en que se hizo la oferta, que es también donde se conoce la aceptación.

b. La contratación por telégrafo

El problema fundamental de los contratos concluidos por telégrafo, no es tanto el saber cuándo y dónde se perfeccionan, como el saber si existe en ellos las declaraciones de voluntad emitidas por este medios, gozan de valor contractual.

Nuestro Código Civil no hace referencia alguna a este tipo de contratos.

El Código de Comercio Español en su Art. 51, contempla esta forma de contratación, cuando dice “la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado”.

Sin embargo, ORUS MORATA, sostiene que aún con el empleo de signos convencionales, el telegrama puede contener errores, y por otro lado, es muy difícil la cuestión de identificar a la persona del expedidor, como los signos y las claves que deben figurar en el telegrama que muchas veces no son tan secretos que no puedan ser conocidos.

Parece en consecuencia, que para estos contratos habrá que estar al principio de la libertad contractual, reconociendo tal valor a las declaraciones formuladas por telégrafo, lo cual, en el fondo es estar a la realidad social del tiempo en que se han de aplicar dichas normas.

Es de aplicación en todo caso las reglas de la buena fe y común intención de las partes, la que debe existir no sólo al momento de la celebración, sino también en la etapa de su negociación o tratativa, conforme lo establece el Art. 1363 del Código Civil, cuando dice:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Podemos indicar que los contratos celebrados por telégrafo, si bien no se cuenta con la firma del aceptante, sin embargo, será válida la aceptación de la oferta, cuando el telegrama reúne los signos o claves previamente convenido por las partes.

En cuanto al momento y lugar del contrato, no parece que exista inconvenientes para aplicar, a los contratos concluidos por telégrafo, y por vía de analogía, las mismas soluciones que las indicadas anteriormente para la contratación por carta.

2. Los contratos a distancia de formación instantánea

Estos contratos son definidos como “aquellos que se celebren entre personas que intercambian sus declaraciones de voluntad de modo inmediato, de forma que, una vez emitidas, en el mismo momento llegan a conocimiento del destinatario, sin que las partes se encuentren presentes

Estos contratos se dan en virtud de la rapidez del medio de comunicación empleado, siendo irrelevante la lejanía existente entre oferente y aceptante, pues como indica GARRIGUES, no es la ausencia o la presencia de los contratantes, sino el medio de la comunicación empleada.

Los contratos concluidos de esta forma son una realidad cotidiana, carente de específica regulación en nuestros códigos, repitiéndose los mismos problemas planteados en la contratación por telégrafo sobre el valor contractual de las declaraciones de voluntad emitidas a los que habría que añadir el de la prueba de la existencia de las citadas declaraciones, como es el caso de los contratos perfeccionados por teléfono, telex u otros medios modernos de comunicación.

Analizaremos brevemente la problemática a que están expuestos estos nuevos contratos.

a. La contratación por teléfono

Aceptando como punto de partida, que el uso del teléfono es frecuente en las comunicaciones modernas para concretar importantes negocios. Por este medio podemos conseguir inmediatamente en tiempo real hacer conocer de una oferta y tener inmediata-

mente la aceptación. Entonces aceptamos la teoría de que la manifestación de voluntades se ha producido válidamente en el mismo momento, aunque los sujetos hayan estado a miles de kilómetros distantes.

En cuanto al momento de la celebración del contrato no tenemos mayores reparos que formular. La rapidez de las comunicaciones hace que las diferencias temporales se difuminen, desaparezcan, el intervalo entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente jurídicamente irrelevante, como lo es en los contratos entre presentes de la misma índole.

La doctrina española parece hoy conforme en el tratamiento jurídico que ha de arbitrarse para los contratos concluidos por teléfono, respecto del momento de formación, en el mismo que el previsto para los contratos entre presentes, de formación instantánea; o dicho más abreviadamente que los contratos concluidos por teléfono son contratos entre presentes

Adquiere importancia este tema en cuanto al *lugar* respecta, la mayoría de los civilistas se basan en que el contrato celebrado por teléfono es un contrato entre ausentes, aplican al mismo, sin más explicaciones y por vía de analogía, la solución dada a los contratos concluidos por carta, es decir, en este caso, el lugar será el que corresponde al teléfono donde se recibió la aceptación de la oferta.

Sin embargo debemos señalar que en la contratación por carta, hay un margen relevante entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por parte del oferente. En cambio, en la contratación por teléfono, el margen anteriormente referido es jurídicamente irrelevante. Los tratadistas modernos consideran a este último como un “contrato entre presentes”.

Un contrato entre presentes queda perfeccionado cuando la aceptación se emite, produciéndose el acuerdo de voluntades en que el contrato consiste, el “contrato se perfecciona con el mero consentimiento de las partes” (art. 1352).

Por otro lado, en los contratos por teléfono existe la palabra comprometida, que es lo que confiere seguridad sobre la base del comportamiento leal y honesto de las partes. De faltar esta fuerza vinculatoria (palabra comprometida), los contratos sólo serían expresiones de buena voluntad que su incumplimiento injustificado provocaría graves trastornos sociales.

Reforzamos la idea, señalando que los “contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos” (Art. 1361), y se presume que la declaración (verbal o escrita) responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Este artículo se refiere al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y a la presunción de coincidencia entre la declaración y la voluntad común, entendiéndose como tal, a los fines idénticos buscados por los contratantes. De consiguiente, si el contrato se perfeccionó por teléfono y alguno de los contratantes negase esa coincidencia y lo demostrare así, el efecto inevitable será la invalidez del contrato. En suma existe en el Art. 1361 una presunción *juris tantum*.

Estos contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (Art. 1362) con lo cual se completa la noción explicada de que la ley no debe tener rigor formalistas, sino un alto contenido moral.

De lo analizado, resulta claro, que el contrato por teléfono es un contrato entre presentes, el mismo que queda perfeccionado en el lugar y momento donde se recibe la aceptación de la propuesta, cerrando de esta forma el *iter* contractual.

En el mismo sentido se pronuncia MANRESA, cuando dice “lo interesante, en la generación del contrato, es el momento en que se perfecciona, que se produce por la aceptación, que es cuando surge el consentimiento, sin que, tratándose de contratación entre presentes, quepa distinguir realmente entre dicha aceptación y su conocimiento, que es inmediato por el proponente”.

Muchos bancos modernos ofrecen el servicio del *teléfono electrónico* durante las 24 horas del día incluyendo sábados, domingos y feriados. Los clientes podrán realizar un sin número de operaciones bancarias sin necesidad de apersonarse al Banco. El servicio consiste en utilizar el teléfono de su oficina o domicilio y marcar uno de los números telefónicos autorizados por el Banco y que se encuentran conectados a una computadora. Basta con indicar o marcar la *clave* otorgado por el Banco en forma confidencial, para que el cliente pueda efectuar las siguientes operaciones:

- * Consulta de saldos y movimientos con respuesta auditiva o vía fax.
- * Efectuar transferencia de una cuenta a otra.
- * Solicitar información sobre los negocios que mantiene con el Banco.
- * Solicitar indicadores económicos
- * Efectuar pagos de letras o pagarés con cargo a una de sus cuentas.
- * Efectuar pago de servicios de terceros: luz, agua, teléfono, clubes.
- * Solicitar sobregiros o avances en cuenta corriente.

b. La contratación por medio de telex

La contratación por telex es una especie del género más amplio de los contratos, entre personas distantes, de formación instantánea que presenta, sin embargo, algunas características propias, derivadas de la peculiaridad del telex como medio de comunicación.

La comunicación efectuada por telex tiene lugar de manera inmediata permitiendo además, en todo caso la constancia documental de las declaraciones de voluntad que se hayan producido. Viene a ser lo mismo, en cuanto al resultado, que si el oferente escribiese su declaración en una máquina de escribir sita en el domicilio del destinatario de la oferta y viceversa. En efecto, la máquina del telex, manipulada por persona avisada, permite la impresión directa de los caracteres utilizados, a través de ondas electromagnéticas, en el papel existente en la máquina del destinatario de la comunicación. Hasta que la comunicación se establezca en firme, existe solo un borrador, que se puede cursar o no. Por otra parte, es habitual que, al final de la comunicación, se pida y reciba conformidad de lo respectivamente emitido.

Pues bien, estas peculiaridades técnicas del telex, tienen repercusión en los problemas que giran en torno a la formación del contrato.

En estos contratos queda evidencia documental de la oferta y de la aceptación y no existe intervención alguna de intermediarios en el intercambio de las declaraciones, que pueda propiciar errores en el contenido de estas.

Por otro lado, la preparación de borradores previa y la ulterior confirmación de la correcta recepción del mensaje dificultan notablemente la existencia de errores en la declaración, la falsificación del mensaje es difícil y a mayor abundamiento, queda constancia de la existencia del equipo de telex, cuyo registro corre en la copia transmitida y que ha sido recepcionada por el destinatario.

Estamos frente a declaraciones de voluntad idóneas para dar vida a un contrato, en la que el *momento* no plantea mayores problemas, ya que la oferta y su aceptación son instantáneas, teniendo los mismos efectos que los contratos concluidos por teléfono.

En cuanto al *lugar*, aunque el contrato sea de formación instantánea al igual que el contrato por teléfono, se debe tener presente el lugar donde está ubicado el equipo o la máquina del telex receptora, sito en el domicilio del oferente, y es ese el lugar en que ha de entenderse perfeccionado el contrato, pues es en ese domicilio donde el oferente ha recibido la aceptación.

c. La contratación a distancia por fax

Muy utilizado a nivel nacional e internacional es la contratación mediante FAX. Empleando por muchas empresas bancarias, quienes ofrecen este servicio durante las 24 horas del día, incluyendo sábados y domingos.

Este moderno sistema muy similar a los telex, sólo que con la gran ventaja de que se transmite en tiempo real documentos originales, que son recepcionados por el destinatario en fotocopia, de tal forma que recibe el documento tal como se ha redactado, incluyendo firmas y signos propios de la empresa como son encabezados y sellos.

Para evitar suplantaciones, la copia recepcionada incluye el número del fax que origina el documento, la fecha y la hora de transmisión, así como la fecha y hora de recepción.

Estas características le dan mayor seguridad a la respuesta de la oferta, produciéndose la aceptación sin mayores dudas.

Uno de los contratos bancarios que utiliza frecuentemente el sistema de fax internacional es el crédito documentario por el cual el Banco Peruano emite un título típico denominado la carta de crédito, que debe ser entregado al Beneficiario (fabricante del extranjero) a través de un Banco corresponsal (Banco notificador en el extranjero). Por razones de tiempo y empleándose un fax, el Banco Peruano trasmite la carta de crédito por FAX al Banco notificador del extranjero, quien a su vez la pone en conocimiento del Beneficiario. Este último al tomar conocimiento de la aceptación, procede a remitir la mercadería o equipos de acuerdo a las condiciones y plazos establecidos en la carta de crédito.

Una nueva modalidad utilizada por los Bancos para la transmisión de las cartas de crédito en tiempo real y con mayores controles es la utilización del novísimo sistema del *swift*, que es un servicio electrónico de transferencia de datos, que permitir al banco emisor transmitir la carta vía computadora con modem directamente a una computadora del Banco del extranjero, dando todas las seguridades del caso, pues ambas computadoras están registradas por los bancos, y su utilización se hace previa identificación del usuario para evitar la transmisión de cartas no autorizadas.

En todos estos casos, la situación jurídica es la misma que la analizada para los contratos perfeccionados por telex, con la gran ventaja de que el oferente recepciona un documento con firma y sellos, tan igual al original.

El contrato se perfecciona válidamente al determinarse libremente el contenido del mismo reconociéndose el principio de la libertad contractual señalado en el Art. 1354, que dice:

Art. 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Al amparo de esta norma las partes pueden establecer los términos y condiciones en que se obligan, las leyes y tribunales a que se someten y demás matices o modalidades, pero sin caer en los excesos de la autonomía de la voluntad.

Sostiene ARIAS SCHREIBER que la libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción. Esta última tiene que ser, de otro lado, inequívoca y su base de sustentación está expresada en normas de carácter imperativo, o sea que por su naturaleza forzosa no admite pacto en contrario.

En el crédito documentario que hemos analizado los términos y las condiciones están señaladas expresamente en la Carta de crédito, y su aceptación por parte del beneficiario haga que se perfeccione el contrato. sin embargo resulta importante analizar a que leyes y tribunales quedan sometidos estos contratos celebrados a distancia mediante fax internacional.

El Art. 2094 establece que la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. En todo caso, las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar del cumplimiento (Art. 2095).

El mismo dispositivo aclara que si deben cumplirse en países distintos, se rige por la ley de la obligación principal, y en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración.

En los contratos bancarios celebrados a distancia, prima el sometimiento de las partes a la legislación y tribunales del Banco emisor de la carta de crédito y sólo a falta

de dicho sometimiento se aplica la ley y los tribunales que corresponden al lugar del cumplimiento, en este último caso a la legislación del país donde se compile las condiciones de la carta, es decir en el extranjero.

3. Los contratos a distancia de aprobación automática

Existen otros contratos celebrados a distancia de formación instantánea y que no requiere de la intervención del ofertante, pues su aprobación es inmediata y automática. Estos contratos se perfeccionan mediante el uso de equipos electrónicos, tales como la tarjeta plástica, terminales empresariales, cajeros automáticos y otros similares que en tiempos modernos muchas instituciones han puesto al servicio de sus clientes.

Analizaremos los efectos jurídicos que presentan estos nuevos y revolucionarios contratos.

a. Contratación por tarjetas plásticas

Muchas empresas vienen entregando a sus clientes tarjetas plásticas multiusos, que facilitan la contratación de diversos servicios, entre los más usuales, tenemos:

a. Las tarjetas de crédito bancarios.- Uno de los instrumentos que en forma más dinámica se ha desarrollado en los últimos tiempos es la denominada tarjeta de crédito. Su extraordinaria difusión ha permitido a los consumidores adquirir en forma ágil un sinnúmero de bienes y servicios, con ventajas tales como la compra a precios de contado y sin el riesgo de la tenencia física del dinero ni a precios de contado y sin el riesgo de la tenencia física del dinero ni 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 de crédito.

La mecánica de utilización de las tarjetas de crédito permite a sus tenedores dirigirse a cualquiera de los establecimientos afiliados al sistema, que puede estar ubicados en la misma localidad, o en otra ciudad cercana o alejada, o en el extranjero, para adquirir bienes y servicios facturados a precio de contado, con la sola firma de un comprobante venta. El establecimiento efectúa el contrato de venta sin la participación del Banco y logra el reembolso de la venta efectuada presentando al Banco emisor, únicamente el comprobante firmado por el cliente. El Banco emisor una vez que haya pagado el consumo o la compra, carga su valor en la cuenta corriente del usuario, existiendo la posibilidad de otorgarse créditos o fraccionamiento de pago de 12 a 24 meses.

Además se facilita a los tenedores de las tarjetas el retiro de sumas de dinero en efectivo, mediante la presentación de la tarjeta en una de las cajas del Banco o grupos de bancos vinculados al sistema, o establecimientos especialmente facultadas.

El manejo de la tarjeta de crédito nace de un contrato denominado “apertura de crédito”, que es un contrato entre presentes, donde se establece el uso futuro de un crédito, cuya cuantía ha quedado plenamente establecida, y que el cliente se compromete a reembolsarlo dentro de un plazo previsto, que puede ser fijado en días o meses, mediante cuotas fraccionadas.

b. Las tarjetas plásticas comerciales.- Similar a las tarjetas de crédito bancarias, existen las tarjetas otorgadas por empresas comerciales no bancarias, que permiten al usuario la compra de bienes o servicios dentro de una empresa o conjuntos de empresas comerciales vinculadas, sin la necesidad de pagar en efectivo el monto de su compra. La tarjeta representa la autorización de un crédito automático, que será cancelado dentro de los plazos previstos contractual-mente.

c. Tarjetas plásticas electrónicas.- últimamente han aparecido en el mercado lo más moderno en tarjetas electrónicas. Se trata de tarjetas que permiten al usuario poder realizar cualquier operación bancaria en centros comerciales -puntos de venta- donde los Bancos instalan pequeños terminales electrónicos NO conectados a sus centros de cómputo, y que permite la lectura de la tarjeta plástica, la misma que tiene una memoria electrónica donde se registran saldos que corresponden al titular de la tarjeta.

Los beneficios de estas nuevas tarjetas son las siguientes:

- * Registra saldos que mantiene un cliente en las distintas cuentas bancarias.
- * Permite el retiro parcial o total de los saldos referidos.
- * Acepta el traslado de saldos de una cuenta a otra cuenta del mismo cliente o de la empresa donde se está adquiriendo bienes o servicios.
- * Efectúa operaciones de cambio de moneda (compraventa de dólares)
- * Puede estar programada la tarjeta para conceder sobregiros, es decir también puede obtenerse dentro de determinada cuantía, y utilizando claves especiales, créditos automáticos.

La utilización de estas tarjetas está limitada a determinados clientes quienes para poderla operar deben acceder a una clave previa, como sucede en cualquier cajero electrónico. Tiene la facilidad que si el titular no puede concurrir al establecimiento la entrega a una titular no puede concurrir al establecimiento, la entrega a una persona de

confianza dándole la clave respectiva. Las compras pueden efectuarse sin otro control en cuanto a la capacidad de la persona, pues a diferencia de las tarjetas de crédito, en estas no se requiere identificación del usuario, salvo su clave operativa. Como podemos apreciar el uso de estas tarjetas se extiende no solo a terceras personas sino también a menores de edad.

Las implicancias jurídicas de estos contratos se extienden a las posibilidades de generar un inadecuado uso de las tarjetas, como puede ser el excederse de la cuantía crediticia, o el uso de la tarjeta por menores de edad (tarjetas adicionales para familiares), o el fraude que puede presentarse como consecuencia de adulteraciones en los *bauchers* o comprobantes de consumo, o la pérdida de la tarjeta y uso por persona ajena con la identificación y firmas falsificadas.

Estos contratos especialmente refiriéndonos a la compra de bienes y servicios, se perfeccionan a distancia, pues el Banco o la empresa que otorga el crédito no interviene directamente en la operación que hace el usuario al comprar bienes o servicios en el establecimiento afiliado.

Adquiere importancia su estudio, por cuanto el establecimiento puede estar ubicado a miles de kilómetros de la empresa bancaria, y sin embargo, a la sola solicitud del usuario se otorga el crédito o se entrega sumas de dinero, aún por encima de la cuantía autorizada o de la persona facultada para el uso de la tarjeta.

Para la aceptación de la compra, la empresa afiliada debe efectuar un especial control de la validez de la tarjeta, es decir verificar en sus listados que no haya sido anulada antes de su vencimiento, el verificar que la firma puesta en el reverso de la tarjeta sea igual a la de vigencia que figura en la propia tarjeta. Encontrándose conformes estos controles, el crédito de consumo solicitado por el usuario o poseedor de la tarjeta es concedido automáticamente, sin la intervención del Banco, que es quién cancela el crédito directamente.

Estos contratos están basados evidentemente en la buena fe y común intención de las partes tal como lo establece el Art. 1362, exigiéndose a los usuarios normalmente, el manejo de una cuenta corriente en el Banco emisor de la tarjeta, donde se puedan efectuar los cargos provenientes de los consumos, aún si éstos excedieran de la cuantía contractualmente pactada.

De existir diferencias, por errores o fraude en el cobro de los consumos, resulta de aplicación lo dispuesto en el Art. 1361, (segundo párrafo), pues el cliente que niegue la

procedencia correcta del cobro debe probarla o acreditarla, ya que de no hacerlo se aplica la presunción *juris tantum* de que el cobro es correcto.

Por otro lado esta es la forma y la costumbre aplicable a estos contratos. Jurídicamente se aplica la presunción *juris tantum* según el cual si las partes han convenido seguir determinada forma para un contrato aún no celebrado, se estima que ella ha sido deseada para la validez del acto, salvo prueba en contrario.

Precisamente el Art. 1411 determina lo siguiente:

***“Art. 1411.- Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.*”**

En estos casos, la contratación a distancia que se realiza a través de las tarjetas plásticas, están sometidas a una formalidad previamente convenida y que expresamente debe figurar en el contrato de apertura de crédito celebrado entre el Banco emisor de la tarjeta y el usuario.

De acuerdo con el Art. 140 del Código Civil, para la validez del acto jurídico se requiere además de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y fin lícito, la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Precisamente el Art. 1392 consagra la formalidad *ad solemnitatem* que nace de la ley y de la que emana de la voluntad de las partes. Estas son las dos excepciones que se establecen para que en los actos jurídicos contractuales el cumplimiento de una forma determinada sea presupuesto de su validez. La regla es por tanto, *que la forma no es requisito para la validez de los contratos.*

En todos estos actos jurídicos analizados, las partes han acordado la forma que estos contratos deberán reunir para su validez, en unos casos será la presentación de la tarjeta y el uso de una clave, en otros casos será además la firma de un comprobante de consumo entre otros. En cambio, si no se cumpliera con dicha formalidad, o si la forma utilizada no fuera suficiente, el contrato es nulo.

Cualquiera de las partes podrá impugnar el contrato y ejercitar la acción de nulidad, por defecto formal.

b. La contratación a través de los cajeros automáticos

Otra forma de contratación moderna es la utilización de cajeros automáticos o electrónicos, que permiten al usuario, la realización automática y en tiempo real de una serie de operaciones bancarias como es el caso de retiro de sumas de dinero, traslación de fondos como es el caso de retiro de sumas de dinero, traslación de fondos de una cuenta a otra en la misma moneda, o la conversión de una moneda en otra, traslación de fondos de una cuenta personal a una cuenta de terceros, dentro de los clientes del mismo Banco o clientes de otros Bancos afiliados al sistema. También se puede realizar el pago de servicios o la compra de monedas extranjeras, el pago de documentos en cobranza, entrega de fondos a terceros en otros lugares, y muchas nuevas operaciones.

Otro de los contratos modernos del sistema bancario, es el servicio electrónico de teleconferencias de “*Un Gerente para Ud.*”, por el cual se pone a disposición de los clientes en locales especialmente preparados, un monitor de TV de 41”, donde uno puede conversar cara a cara con un funcionario del Banco, en vivo y a colores, durante las 24 horas del día, incluyendo sábados y domingos.

En este novísimo sistema, no hay un contacto directo con el funcionario y sin embargo, uno puede solicitar cualquier información de sus negocios que tiene con el Banco, ordenar el pago de facturas y servicios, traslación de fondos de una cuenta a otra, cambio de moneda, entrega de chequeras electrónica en forma inmediata e incluso créditos a través de sobregiros o préstamos de un funcionario que tiene facultades amplias para resolver cualquier problema del cliente, quien se auxilia de un moderno equipo de computación que le permite realizar en forma inmediata las operaciones ordenadas por el cliente.

En todos estos casos, las operaciones son aceptadas o rechazadas automáticamente. Si son aceptadas significan contratos celebrados por un cliente identificado únicamente por una clave, quien previamente ha sido calificado por el Banco, quienes después de firmar un contrato de adhesión, reciben una tarjeta plástica y un código confidencial (clave) que les permite utilizar el cajero y los otros sistemas analizados.

Los problemas jurídicos que se presentan con el manejo de los cajeros electrónicos, son sumamente diversificados. Podemos observar la capacidad del sujeto usuario. Normalmente, entendemos que la tarjeta es entregada al cliente con un código de identificación. Sin embargo, la tarjeta y el código puede ser utilizada por encargo por un tercero sea familiar o no, aún menor de edad. Se da el caso de que muchos de los créditos son solicitados por menores y sin embargo, al autorizarse el desembolso

automático se perfecciona el contrato, en el supuesto de que quien lo ha celebrado es persona capaz identificado como el titular de la tarjeta, aún sin estar presente en el acto.

El control de estos contratos se da en el registro de cada una de las operaciones, de tal forma que existen documentos que precisan el día, la hora y la máquina o teléfono en la que se hizo la operación.

Los riesgos de error son producidos comúnmente por fallas humanas, como es el caso por ejemplo de solicitar el retiro de una suma mayor a la que se mantiene en una cuenta corriente, originando un sobregiro automático y la consecuencia de cobro de intereses y comisiones por uso de este tipo de créditos, aunque la intención del cliente no fue la de solicitar dicho sobregiro.

Los problemas jurídicos que se presentan se manejan sobre las reglas de la buena fe y común intención de las partes, salvo que el cliente pruebe el fraude o error del acreedor.

c. Contratación a distancia mediante los computadores empresariales

Algunas empresas bancarias vienen instalando terminales de sus centros de cómputos, en las oficinas de sus clientes importantes denominados “terminales empresariales”, y que permite que el Gerente de la empresa o la persona debidamente autorizada, puede tener acceso a la computadora del banco y manejar desde su empresa las cuentas que mantienen con el Banco. Esto significa un avance extraordinario en las relaciones bancarias, pues en tiempo real y sin que trabajadores de la empresa concurren al Banco pueden efectuar las siguientes operaciones:

- * Consultas de saldos de cualquiera de sus cuentas.
- * Traslados de fondos de una cuenta a otra.
- * Compraventa de moneda extranjera.
- * Consulta de vencimiento de obligaciones por pagar.
- * Pago de remuneraciones del personal de la empresa, abonando en las cuentas de cada uno de los trabajadores el sueldo o salario correspondiente.
- * Pago de servicios y facturas de terceros.
- * Pago de obligaciones con cargo a una de sus cuentas.
- * Transferencia de fondos para ser pagadas en ventanilla a terceros.
- * Solicitud de créditos, sobregiros u otros de aceptación automática.
- * Mensajes en general, a través del llamado correo electrónico.

Todas estas y otras operaciones puede realizar la empresa utilizando su terminal empresarial, que significan contratos a distancia aprobados y ejecutados automáticamente, en tiempo real.

Los problema jurídicos que se presentan son cada vez más diversos, pues el terminal empresarial podría ser operado por persona no autorizada, y beneficiarse con créditos o traslaciones de dinero a su favor, o la utilización fraudulento del acreedor o de alguno de sus trabajadores, quienes al conocer determinada clave de la empresa logren el ingreso y manejo indebido de las cuentas de una empresa.

Los Bancos, en principio toman todas las medidas de control para que el sistema sea confiable, de tal forma que el manejo de las cuentas de una empresa sólo se pueda realizar a través del terminal electrónico entregado a sus oficinas, quedando registrada la operación con indicación de la fecha y hora, así como la máquina operada. Además el ingreso al terminal sólo lo hace la persona autorizada debiendo registrar una clave previa denominada password.

Los contratos celebrados automáticamente entre una computadora y otra directamente conectadas mediante el sistema modem, son contratos a distancia de realización simultánea, de aceptación inmediata y automática, que se regula de acuerdo a las normas que regulan los contratos celebrados entre presentes, aunque las partes físicamente se encuentren alejadas geográficamente. Los aspectos jurídicos de este contratos son los mismos que hemos analizado para los cajeros electrónicos, todos ellos basados en la buena fe contractual y en los registros electrónicos que quedan grabados en ambas computadoras.

CAPITULO IX

EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

La terminación de un contrato puede producirse por causas naturales o violentas.

1. Terminación natural

Se considera *terminación natural* cuando ha vencido el plazo, o se ha cumplido la finalidad del mismo, las partes de mutuo acuerdo han decidido su terminación.

2. Terminación violenta

En cambio la *terminación violenta*, es cuando surgen algunas causales que impiden la continuidad del contrato, dando lugar a la resolución o rescisión contractual.

a. La rescisión de los contratos

Procede la rescisión de un contrato cuando la causal alegada existía al momento de celebrarlo, pero que la parte afectada no la conocía. Su declaración debe ser necesariamente judicial, y sus efectos son retroactivos a la fecha de su celebración. Se llega a la determinación de que nunca hubo contrato alguno.

El Art. 1370 del Código Civil establece textualmente lo siguiente:

“Art. 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”.

De acuerdo a esta norma, la rescisión es el acto que deja sin efecto un contrato, por una razón que existía y no se conocía al momento de su celebración.

b. La resolución de los contratos

Procede la *resolución* de un contrato cuando la causal de incumplimiento es posterior a la celebración del mismo, y puede ser declarada por cualquiera de las partes en forma extrajudicial o judicialmente.

El Art. 1371 del C.C. dice al respecto lo siguiente:

“Art. 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”

La resolución presupone, a diferencia de la rescisión, un acto por el cual el contrato queda sin efecto debido a la concurrencia de circunstancias sobrevinientes.

Tratándose de incumplimiento, la parte afectada puede solicitar judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, y en uno u otro caso, el pago de los daños y perjuicios causados (Art. 1428 del C.C.)

Cuando la resolución, se basa en causal sobreviniente, la parte que se perjudica con el incumplimiento pueda requerirla mediante carta entregada por vía notarial, para que cumpla con la prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios (Art. 1429 del C.C.).

Se trata en consecuencia de una resolución automática del contrato, que no exige intervención del poder judicial, salvo el cobro de los daños y perjuicios que es independiente a la resolución del contrato.

En cuanto al requerimiento, nada impide que el plazo sea mayor, pero si no podrá fijarse en menos de los quince días, ni tampoco renunciarse al ejercicio de este medio de conservación de los derechos del contratante, pues la norma es imperativa y está basada en el interés común.

También puede pactarse la resolución expresa del contrato amparados en lo dispuesto en el Art. 1430 del C.C., pero deberá consignarse en el contrato en forma expresa y con toda precisión las causales que dan lugar a la resolución.

Este es uno de los medios contractuales más eficaces para lograr que se ejecuten las obligaciones, pues el incumplimiento da lugar a la resolución automática del contrato y no es necesario que el perjudicado recurra al poder judicial.

SEGUNDA PARTE

**LOS CONTRATOS BANCARIOS
MODERNOS**

CAPITULO I

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

La expresión contrato de cuenta corriente bancaria reviste un particular significado que brindaría menos confusiones de llamarlo por ejemplo contrato de cuenta de cheques, como sucede en algunos países latinoamericanos.

1. Definición

Es un contrato típico bancario de depósitos a la vista, por el que se faculta al titular o titulares de la cuenta a efectuar depósitos y retiros de dinero, mediante la utilización de un título valor denominado “cheque bancario”.

2. Apertura y funcionamiento de la cuenta

El Banco adopta algunas precauciones orientadas a identificar la persona de su eventual cliente, sobre todos su moralidad y buena reputación, pues tratándose de contratos bancarios, la confianza y la buena fe de las partes supone que gocen de las más altas calidades morales.

a. Identificación del cliente.- Tratándose de personas naturales, deberán acreditar su capacidad legal con la presentación de su libreta electoral, cuya copia quedará en el archivo de su file personal. Las personas jurídicas deberán identificarse mediante la presentación de la copia de la escritura de constitución social debidamente inscrita en los Registros Públicos, copia de los poderes otorgados a sus representantes, y copia del RUC.

Tratándose de personas naturales se presume el consentimiento del cónyuge, por lo que no es requisito la participación del mismo.

b. Verificación de la solvencia moral y económica.- El primero se logra con la verificación de las referencias comerciales y bancarias, y Boletines emitidos por la Superintendencia sobre cuentas corrientes cerradas en el sistema, y Boletines de la Cámara de Comercio referidos a protesto.

La solvencia económica se acredita con la presentación de los estados financieros, ingresos remunerativos u otros documentos oficiales.

c. Lleno de requisitos formales.- Aprobado por el Banco el cumplimiento satisfactorio de los requisitos anteriores, se procede a la suscripción del contrato y reglamento de la cuenta corriente, el registro de la firma del titular o titulares de la cuenta y el primer depósito cuyo monto es fijado con autonomía por cada Banco.

3. El cheque como título valor típico de este contrato

El estudio del cheque, resulta necesario cuando se hace un análisis del contrato de cuenta corriente bancaria.

a. Concepto

El cheque es un título valor típico que nace del contrato de cuenta corriente para emitir al correntista el retiro de sus depósitos o de los créditos que el Banco le haya abonado en su cuenta. En consecuencia es unánime la opinión de los tratadistas de considerar

al cheque como un instrumento de pago o una orden de pago inmediato, que lo hace el girador al Banco pagador; por ello los cheques son girados siempre a la vista y no se concibe un plazo para su exigibilidad.

b. Requisitos intrínsecos

Para la validez y pago de un cheque es necesario que el Banco tenga en cuenta en primer lugar la vigencia del contrato de cuenta corriente, en segundo lugar la verificación de los saldos suficientes y por último, el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en nuestra Ley de Títulos Valores.

Sin embargo la inobservancia de estas prescripciones no afecta la validez del título como cheque.

c. Plazo de presentación

El plazo de presentación de un cheque es de 30 días, salvo que se hubiera emitido en el extranjero en cuyo caso el plazo se extiende a los 60 días.

El cheque es pagadero a la vista el día de su presentación, aunque tuviera fecha adelantada. Debemos señalar que no se pueden girar cheques con fecha adelantada ni ser girado, endosado o entregado en garantía.

d. Requisitos del cheque

Se debe observar la concurrencia obligada de los siguientes requisitos que deben aparecer en el anverso del cheque:

- * Nombre y domicilio del Banco pagador.
- * Número del cheque y de la cuenta corriente del girador.
- * Cantidad a pagar expresado en números y letras.
- * Orden de pago a determinada persona.
- * Fecha de emisión del cheque.
- * Firma del girador.

e. Cantidad de pago

La cantidad que se ordena pagar debe ser coincidente entre la expresada en número y la expresada literalmente.

De existir diferencias se tendrá por válida la cantidad expresada en letras, aún sin esta fuera mayor.

En el supuesto caso que ambas cantidades fueran expresadas en números, de existir diferencia se tendrá por válida la cantidad menor.

f. Revocación de la orden de pago

El girador puede revocar la orden de pago que contiene un cheque, sólo si ha transcurrido más de 30 días de la fecha de emisión, salvo que exista orden judicial antes de dicho plazo.

4. Los cheques especiales

Es posible que muchas personas pongan en circulación cheques que presentan características muy especiales, que en algunos casos son los propios titulares de la cuenta quienes dan origen a esa situación o demandando al Banco como un servicio adicional.

Los cheques que tienen un tratamiento legal especial y diferente, se les denomina “cheques especiales”, y que muy brevemente veremos sus características más importantes:

a. Los cheques cruzados.- Son aquellos cheques girados por el correntista, en cuyo anverso se ha colocado dos líneas paralelas, cuyo objetivo principal es impedir que sea pagado en ventanilla, es decir en efectivo. El cruzamiento obliga al tenedor o beneficiario a presentarlo al banco para abono en su cuenta corriente.

Estos cheques se clasifican en:

- * *Cheques cruzado general*, en cuyo anverso aparecen únicamente las dos líneas paralelas, sin designación o mención alguna dentro de ellas. Estos cheques pueden ser presentados en cualquier Banco para su cobro.
- * *Cheques cruzado especial*, es el que presenta dentro de las líneas paralelas el nombre de un Banco específico, cuya característica, es que sólo puede ser pagado por el Banco girado al Banco designado dentro de las líneas paralelas.

b. Cheques no negociables.- Normalmente encontramos cheques que en el anverso aparece un sello con la indicación de “no negociable”, “no transferible” o “no endosable”. En cualquiera de los casos, este cheque solo podrá pagarse a la persona en cuyo favor se giró o acreditado en su cuenta corriente, salvo endoso a favor de un Banco únicamente para el efecto de su cobro. Por lo que, este cheque no podrá ser endosado ni pagado a un tercero.

c. Cheques para abono en cuenta.- En el anverso y muchas veces en el reverso del cheque se coloca un sello que indica que debe abonarse en una determinada cuenta corriente del beneficiario. Este sello obliga al Banco a no pagar por ventanilla su valor debiendo en todos los casos abonarlo en la cuenta corriente cuyo número se ha precisado en el reverso del mismo.

d. Cheques certificados.- El girador o cualquier tenedor del cheque, puede solicitar al Banco certifique la existencia de fondos suficientes, para ello coloca un sello en el anverso o una indicación de la certificación que corre en el reverso. La facultad de solicitar la certificación en algunas legislaciones se encuentra limitada al librado, quien puede determinar con anticipación en que casos procede la certificación. Por otro lado, ésta debe ser por el total del cheque no pudiendo certificarse parcialmente la existencia de fondos y el plazo máximo de vigencia de la certificación caducará al vencimiento del plazo de presentación, es decir a los 30 días de la fecha de emisión del cheque.

e. Cheque de Gerencia y Giros bancarios.- Los Bancos tienen la facultad de liberar cheques a su propio cargo. No se trata de una facultad de creación asignada al cliente, sino más bien, de utilizar un servicio bancario.

El Cheque de Gerencia puede emitirse a solicitud del cliente por cualquier monto, para ser pagado en la misma plaza o en otro lugar donde el banco tenga sus Sucursales o Agencias, y a la persona que el cliente designe. Se le denomina Cheque de Gerencia cuando debe ser cobrado en la misma plaza, y adquiere el nombre de Giro cuando el mismo es para ser cobrado en otra plaza diferente.

Normalmente el cliente al solicitar un Cheque de Gerencia, llenará y firmará una solicitud, y luego de pagarlo por caja, el Banco le otorga el respectivo cheque.

Nuestra legislación prohíbe que los Bancos emitan Cheques de Gerencia al portador o a favor del propio banco.

f. Cheques de Viajero.- Constituye para el titular una forma de disponer de sus fondos adquiriendo cheques de viajero o de turismo, librado a cargo del propio Banco, el cual responde frente a los tomadores como si se tratase de su propia promesa de pago puesta en ejecución por voluntad del beneficiario.

Estos cheques son pagaderos en las oficinas nacionales o internacionales del Banco emisor, o en cualquiera de los Bancos corresponsales. En la práctica presenta la característica del control de la doble firma del beneficiario, una que se coloca al momento de la adquisición en presencia del funcionario del banco emisor, y la otra firma que se verifica al momento de cobro, ante el funcionario del Banco corresponsal pagador. Si ambas firmas son coincidentes con la firma puesta en el Pasaporte, el Banco procede a su pago. También se controla la firma del funcionario del Banco emisor con el registro de firmas que mantienen los Bancos corresponsales. La emisión de cheques de viajeros faculta al beneficiario a solicitar en caso de extravío del cheque el correspondiente duplicado, aún encontrándose en el extranjero.

5. Obligaciones del Banco

Con la celebración del contrato, el Banco asume las siguientes obligaciones:

- a. Recibir depósitos para abonarlos inmediatamente en la cuenta del cliente. Pueden ser en dinero en efectivo y se reconoce los depósitos de cheques girados a su orden

del mismo Banco u otras instituciones bancarias, de la plaza u otras plazas, comprometiéndose el Banco en mérito al endoso que se hace a su favor efectuar la cobranza respectiva.

- b. Facilitar las chequeras, para permitir el retiro de los depósitos.
- c. Facilitar los documentos necesarios para efectuar los depósitos.
- d. Llevar la cuenta corriente y facilitar mensualmente un extracto de la cuenta, los que deberán ser entregados bajo cargo. El cliente tiene 30 días para observar sus saldos. Vencido el plazo y sin que se haya efectuado observación se dará por aprobado. Cuando el cliente resida en lugar distinto a la sede del Banco el plazo será de 60 días.

Los términos referidos corren desde el día que el cliente recibe la comunicación (Ar. 301 de la Ley de BFS).

- e. Pagar los cheques, que constituye la obligación primordial del Banco, previa la verificación de los requisitos y de la existencia de los fondos suficientes.
- f. No pagar los cheques, cuando existen causas justas precisadas en forma expresa en la Ley de Títulos Valores, especialmente en los casos de falsificación de firma, cuando los cheques están mal girados, la no existencia de fondos suficientes, cuando presenta borraduras y enmendaduras visibles, orden judicial de no pago o revocatoria formulada después de los 30 días de girado el cheque, también existe obligación de no pago cuando se presentan endosos irregulares, o los cheques con sello de no transferibles y que han sido endosados a terceros, los cheques para abono en cuenta y los cruzados cuando se presentan en ventanilla.
- g. Pago parcial en los casos que la cuenta no presente fondos, el Banco pagará hasta donde alcancen los fondos disponibles del girador.
- h. Mantener el secreto bancario, especialmente en lo referido al manejo de dicha cuenta, salvo orden judicial o de la SUNAT, sobre situaciones específicas permitidas por la Ley.

6. Obligaciones del correntista

- a. Mantener fondos suficientes.

- b. Custodiar la chequera y asumir la responsabilidad en caso del giro de cheques con firma que no sea burdamente imitada.
- c Utilizar la chequera entregada por el Banco.
- d. Registrar su firma en cada uno de los cheques girados similar a la firma registrada en el Banco.
- e. Revisar los extractos de la cuenta corriente y poner de inmediato en conocimiento del Banco de cualquier error o modificación que deba efectuarse.
- f. Devolver los cheques al término del contrato.

7. Giro de letra de cambio por saldos deudores

Si la cuenta corriente mantuviera saldos deudores, el Banco en cualquier momento podrá requerir el pago de la deuda mediante comunicación escrita y bajo cargo.

Transcurrido quince días de la recepción de la comunicación sin que hubiese observaciones, el Banco queda facultado para girar contra el cliente, por dicho saldo, una letra a la vista, con expresión del motivo por el que se le emite.

El protesto por falta de pago de la indicada cambial deja expedita la acción ejecutiva. (Art. 303 de la Ley de BFS)

8. Los embargos sobre cuentas corrientes

Los embargos judiciales en forma de retención que se ordene sobre los fondos que tenga una cuenta corriente sólo tienen efectos sobre saldos que resulten luego de que el Banco aplique sobre ella los cargos que correspondan por las deudas vencidas a la fecha de la notificación de la medida judicial. (Art. 302 de la Ley de BFS).

9. Cierre de la cuenta corriente por giro de cheques sin fondos

El Banco está facultado para resolver el contrato de cuenta corriente por el giro de cheques sin fondos, debiendo comunicar de este hecho a la Superintendencia de Banca y Seguros.

Cerrada una cuenta corriente deberá cancelarse cualquier otra cuenta de igual naturaleza, que exista en el mismo Banco a nombre del titular, y éste queda impedido por el plazo de un año de abrir nuevas cuentas corrientes, en cualquier Banco de la República.

Dentro del plazo de 30 días de la publicación efectuada por la SBS sobre cuentas cerradas, los Bancos deberán proceder a cancelar las cuentas corrientes que tuviera la persona afectada por el plazo de un año.

En caso de reincidencia, el plazo se ampliará por tres años, para aperturar en cualquier Banco una cuenta corriente.

10. Terminación del contrato

Veremos algunas de las causales consagradas con frecuencia en nuestra ley o en el contrato de cuenta corriente:

- a. Muerte del Titular.
- b. Quiebra o concurso de la empresa.
- c. Por decisión unilateral del Banco como consecuencia del mal manejo de la cuenta o mantener sin movilización la cuenta.
- d. Por decisión unilateral del correntista. En este caso sólo procederá cuando la cuenta no presente saldos deudores o a cargo de él hubieran obligaciones pendientes de pago en el propio Banco.

CAPITULO II

EMISIÓN DE BONOS

Las Instituciones Financieras han sido autorizadas para poder emitir Bonos con el objeto de incrementar sus recursos externos, invitando a terceros a hacerles un préstamo colectivo a mediano plazo, a cambio de una rentabilidad en principio fija y susceptible de mejorarse a través de sorteos, cuando tal sistema está previsto.

1. Concepto

La emisión de Bonos efectuada por los Bancos representan títulos valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo, redimible a mediano plazo, y a cambio de una remuneración generalmente mayor a la de cualquier otro depósito bancario.

Constituye una modalidad típica de los llamados títulos valores seriales, que se emiten y expiden en forma masiva, representando el total de la suma máxima de endeudamiento previsto y utilizando las series de manera que cada una corresponda a valores homogéneos de emisión. La modalidad del título serial es explicable en esta materia por que lo interesante de la emisión, en cuanto a la relación contractual, radica en que la oferta se emite a favor de un número desconocido e indeterminado de posibles tomadores de los títulos, de manera que la entidad emisora desconoce la suerte de su propuesta de endeudamiento.

2. Proceso de emisión

- a. La secuencia lógica en el proceso de emisión parte del acuerdo adoptado por la Junta General de Accionistas del Banco, quien deberá aprobar el proyecto de emisión especialmente elaborado debiendo considerar el plazo que no debe ser inferior a 4 años ni su plazo promedio menor de dos.
- b. El proyecto de emisión deberá ser presentado con todos los documentos exigidos, para su aprobación por parte de la CONASEV (Comisión Supervisora de Empresas y Valores) quienes no exigirán la constitución de garantías específicas ni la participación de un agente fiduciario.

3. Forma de emisión

- a. Por su ley de circulación pueden ser nominativas, a la orden o al portador.
- b. Por las series y valores, son títulos que se emiten en gran número para ser ofrecidos a tomadores indeterminados. Por las series se posibilita al Banco emisor establecer condiciones distintas para cada una de ellas, en especial respecto al valor de los títulos. Los derechos de los tenedores de títulos, en cada serie, serán idénticos.
- e. Por su contenido, son títulos valores que derivan su existencia formal de la incorporación de un derecho y de la suscripción hecha por el creador. Además contienen una información bastante completa con relación a otros títulos valores, por tratarse de títulos causales.

4. Contenido de los Bonos

Podemos señalar que los Bonos deben contener, entre otros, las siguientes menciones:

- a. Sobre el Banco, como nombre, domicilio, capital, reservas, etc.
- b. Sobre la emisión, como cuantía, series, números por series, valores, primas, tipo de interés, forma, lugar y plazo de amortización del capital y de los intereses.
- c. Sobre el cumplimiento de los requisitos legales, como fecha y notaria de la escritura pública, inscripción en los Registros Públicos, Resolución de la CONASEV aprobatoria.

Los títulos pueden estar sometidos a otra serie de requisitos e incluso de naturaleza formal como puede ser tamaño, utilización de papel de seguridad, inserción de cupones desprendibles para el cobro de intereses, etc.

Tratándose de bonos emitidos en moneda nacional, su monto debe ser reajustado necesariamente y la legislación de la materia obliga a que se indique en el título que no pueden ser pagados antes de su vencimiento.

CAPITULO III

LOS DEPÓSITOS DE AHORROS

Considerados en la Legislación Bancaria como depósitos irregulares de dinero que permite conservar parte de los ingresos de las personas en previsión de necesidades futuras o de la formación de un capital. En este tipo de depósito el ahorrista más que una remuneración persigue la conservación del mismo, su incremento, su custodia y manejo por el Banco.

1. Definición

Es un contrato por el cual se brinda a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de depositar su dinero en condiciones que estimulen su tenencia de ahorrar, los que pueden ser retirados previo un aviso anticipado o liberado del mismo en cualquier momento, con derecho a una remuneración por el tiempo de permanencia del depósito en poder del Banco.

2. Protección de los ahorros

Uno de los principios constitucionales es el referido a la protección del ahorro. Al respecto el art. 87 de nuestra vigente Constitución, establece lo siguiente:

“Art. 87.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro...”

Es cuanto a la promoción o fomento del ahorro referido. Ley de BFS en el Art. 116 determina que éste se realizará bajo un régimen de libre competencia.

Y, en cuanto a las garantías que tiene el ahorrista, el Art. 117 establece la protección del riesgo de la eventual insolvencia de la empresa bancaria, mediante la creación del Fondo de Seguro de Depósitos.

La misma Ley ha determinado los montos máximos que cubre dicho Seguro.

Art. 147.- El monto máximo que reconoce del Fondo es de SI. 9000,00 por persona en cada empresa o entidad, comprendidos los intereses. Se le reajusta con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 29...”

3. Atención al público

Otra forma de protección y de garantía a los ahorristas, es la obligación que tienen los Bancos de brindar una efectiva atención al público, en cada una de sus oficinas, por lo menos de seis horas, durante todos los días del año (Art. 122 de la Ley de BFS).

Debemos entender que la indicada norma establece la obligación de atender todos los días hábiles del año, es decir sin considerarse los sábados, domingos y feriados.

Las excepciones a tal horario sólo proceden en caso de fuerza mayor, los que deben ser justificados ante la Superintendencia de modo previo.

La atención al público en días no laborables es facultativa, con la consiguiente libertad para establecer los horarios en que será prestada.

Otro aspecto importante es el referido en el Art. 124, que prohíbe a cualquier autoridad e incluso a la Superintendencia a declarar feriados bancarios, los que sólo podrán ser declarados por Decreto Supremo, en situaciones de extrema gravedad, que afecten el interés nacional.

4. Multiplicidad de clientes

Provieniendo los recursos de pequeños ahorristas ello se traduce en la existencia de un número elevado de clientes, especialmente personas naturales y en menor número, pero si de suma importancia los ahorros de las personas jurídicas.

Una característica especial introducida en la nueva Ley de BFS es que se puede aperturar depósitos de ahorro a nombre de analfabetos e incapaces.

5. Documento representativo

Los depósitos de ahorro se manejan operativamente con un documento típico denominado "*libreta de ahorros*", que tiene la facilidad de reflejar en forma cabal los asientos contables que corresponden a los abonos, retiros, pagos de intereses y los saldos reales de la cuenta.

Los Bancos modernos vienen utilizando como instrumento operativo de la cuenta "*tarjetas plásticas*", que facilitan el manejo de la cuenta de ahorros mediante la

utilización de un cajero electrónico, para efectuar retiros o abonos durante las 24 horas del día Lunes a Domingo incluyendo días feriados. La legislación permite también el uso de cualquier otro documento que facilite el buen manejo de este contrato.

6. Depósitos intransferibles

Una característica especial es que los depósitos no son transferibles, aunque en la práctica los Bancos vienen dando toda clase de facilidades para que el ahorrista pueda retirar sus ahorros mediante los cajeros automáticos, incluso por delegación verbal, pues la sola entrega de la tarjeta a otra persona (mayor o menor de edad) y la indicación de su clave bancaria, le permitiría ingresar en la cuenta del cliente y efectuar cualquier operación autorizada. Lo que se mantiene intransferible es la titularidad de la cuenta de ahorros.

7. Depósitos en moneda nacional y extranjera

Dentro del conjunto de facilidades que se viene otorgando a los clientes para el manejo de sus cuentas de ahorro, es que pueden efectuarse en moneda nacional o moneda extranjera, con las mismas facilidades y requisitos, no habiéndose establecido en la Ley requerimiento alguno relativo a los montos mínimos o máximos de los depósitos.

8. Pérdida de los depósitos de ahorros

Se ha establecido que los ahorros inamovibles por más de diez años pasarán a formar parte del Fondo de Seguros de los Depósitos, perdiendo el ahorrista el capital y los intereses devengados que por un olvido dejó de movilizar.

CAPITULO IV

EL MUTUO BANCARIO

Los Bancos realizan una serie de operaciones activas derivadas del mutuo, y se estudian en forma separada en relación al objeto de los contratos o por sus distintas y especiales modalidades. El tema que analizaremos está referido únicamente a conceptos generales aplicables a toda operación activa.

1. Definición

El Mutuo Bancario es un contrato de crédito y como tal implica la transferencia de la propiedad de dinero a favor de un cliente, quien se obliga a devolverlo dentro de un plazo convenido y a pagar una remuneración.

2. Sujetos que intervienen

- a. El Banco o mutuante, que es quien califica el crédito y después de cumplidas las condiciones y garantías, procede al desembolso del dinero ofrecido. Entregado el mismo, el Banco carece de obligaciones a su cargo.
- b. El cliente o denominado mutuario, que puede ser una persona natural o una persona jurídica.

3. Obligaciones del Mutuario

a. Pagar los intereses.- Al respecto debemos señalar que existen dos clases de intereses:

* **Los intereses convencionales:** Son aquellos convenidos expresamente por las partes. Estos intereses pueden ser:

- **Intereses compensatorios.-** Que constituyen la contraprestación por el uso del dinero, tiene por finalidad el mantener el equilibrio patrimonial, evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento indebido al no pagar el importe del rendimiento del dinero, el interés se paga desde la fecha del otorgamiento del crédito hasta su cancelación.
- **Intereses moratorios.-** Son aquellos que tienen por finalidad indemnizar la mora en el pago. Es una sanción por el deudor. El interés moratorio es independiente al

interés compensatorio, y se aplica únicamente a partir del día siguiente del vencimiento de la obligación y por todo el tiempo en que exista retardo en el pago.

* **Los intereses legales:** Son aquellos que se aplican cuando en el contrato no se ha fijado expresamente el cobro de intereses. De acuerdo con nuestro Código Civil, todo préstamo por regla general es remunerado, y sólo como excepción se establece la gratuidad del mutuo, cuando las partes expresamente así lo han acordado por escrito. En todo caso el deudor está obligado a pagar la tasa de interés legal que es fijada por el Banco Central de Reserva.

Para evitar la usuta el Banco Central de Reserva fija la tasa máxima de los intereses convencionales y legales.

b. Devolver el dinero prestado en la misma cantidad y moneda.- El deudor cumple la obligación con la entrega de la misma cantidad pactada, y si fuera en moneda nacional no puede exigirse el pago en moneda distinta. Tratándose de obligaciones en moneda extranjera, nuestra legislación permite el pago en moneda nacional al tipo de cambio de venta, siendo nulo todo pacto en contrario.

c. Pagar en el lugar convenido.- El lugar en que debe realizarse el pago es sumamente importante. El Art. 1238 del C.C. indica que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario.

d. Pagar dentro del plazo pactado.- El pago debe ser efectuado el día del vencimiento de la obligación, lo cual depende del plazo que se haya estipulado. Si no se hubiese estipulado el plazo, el Banco podría exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

e. Asumir los gastos del pago.- Los gastos del pago corren por cuenta del deudor, en ellos se consideran los que corresponden a la cobranza, tales como notificaciones, portes, comisiones, protesto entre otros.

4. Clases de mutuo o préstamos

a. Por el instrumento o título que se utiliza:

a. 1. *Préstamo cambial.* - Se traduce en la suscripción por parte del deudor de un pagaré o una letra de cambio a favor del Banco, cuyo importe se abona en la cuenta corriente del cliente.

a.2. *Préstamo en cuenta corriente.*- Se trata de un crédito ó línea de crédito rotatorio, que el Banco otorga para ser manejado a través de la cuenta corriente mediante el giro de cheques. En estos contratos se establece claramente la cuantía máxima del crédito rotativo y los mecanismos de pago.

a.3. *El crédito al descubierto o sobregiro.* - Está relacionada a la modalidad anterior, diferencia en que el crédito en cuenta surge de un previo acuerdo entre el Banco y su cliente, firmándose un contrato, en cambio el sobregiro implica una concesión de crédito eventual y extraordinario, otorgado a la sola decisión del Banco para evitar la devolución de un cheque de su cliente girado sin los fondos suficientes. Los sobregiros son exigibles de inmediato.

b. Por su objeto, los préstamos pueden ser:

b. 1. *De dinero.*- Constituyendo el más alto volumen de las operaciones activas.

b.2. *De firma.* - Referidos a todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no implica un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a éstos obtenerlo de manos de terceros. Se puede distinguir dos etapas en el proceso de los créditos de firma: una en el cual el Banco se obliga a responder por su cliente o por las obligaciones contraídas por éste, y en una segunda en donde el eventual incumplimiento por parte de su cliente llevan al Banco a hacer un desembolso efectivo de dinero.

Estas operaciones son denominadas contingencias y se utilizan diferentes tipos o modalidades de préstamos, como los avales en títulos valores, las cartas fianzas, las aceptaciones, las cartas de crédito, entre otras.

c. Por su destino, pueden ser:

c. 1. *Créditos de consumo.* - Destinados a atender las necesidades de tesorería de los comerciantes y las de consumo de los clientes particulares, otorgados normalmente a corto plazo.

c.2. *Créditos a la producción.*- Destinado a la creación de riqueza por extracción, elaboración, transformación y comercialización de bienes y servicios.

d. Por sus garantías

Una clasificación muy utilizada cuando se estudian los créditos otorgados por los Bancos es aquella que se relaciona con las garantías constituidas a su favor.

Las garantías constituyen un contrato accesorio, vinculados a uno principal y tiende a asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este último.

Todos los préstamos, cualquiera que sea su modalidad transfiere a favor del deudor la propiedad del dinero, confiando el Banco en el reembolso futuro del mismo, para lo cual, se reviste de alguna de las siguientes garantías:

d.1. Crédito personal.- Llamados también a sola firma. El crédito es otorgado con la sola garantía personal del deudor, quien asume la obligación al firmar un pagaré, una letra o un cheque.

d.2. *Crédito de codeudor.*- Llamado también con garante. Es cuando el deudor principal es garantizado por otra persona (natural o jurídica). Se le conoce como crédito con garantías personales, y puede ser de dos clases:

d.2.1. *La fianza.*- Es un contrato que representa una obligación accesorio, por el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra.

La fianza que conste de un título-valor confiere mérito ejecutivo contra su suscriptor, en los mismos términos que la ley de la materia señala respecto de los avalistas. (Art. 170 de la Ley de BFS).

La fianza puede ser:

- * **Simple o mancomunada.**- La obligación se divide en partes iguales, en el cual cada uno paga la parte que el incumbe, en razón del beneficio de la división.
- * **Solidaria.**- El fiador responde por la obligación en su totalidad, pudiendo el Banco accionar contra el deudor principal o su fiador sin respetar un orden de acuerdo a su conveniencia.
- * **Limitada.**- El fiador puede obligarse sobre un monto determinado, y quedar liberado sobre cualquier exceso.

- * **Ilimitada.-** El fiador responde sobre la obligación principal, así como los intereses, y gastos ocasionados, sin limitación alguna.
- * **Condicionada.-** Puede pactarse condiciones suspensivas y resolutorias, especialmente cuando garantiza créditos que se otorgarán a futuro.
- * **Incondicionada.-** Es una fianza pura y simple que no admite condición suspensiva, ni resolutoria, opera sin requisitos ni condiciones.
- * **De realización automática.-** Se hace efectiva al sólo requerimiento del acreedor, normalmente mediante carta notarial cursada hasta 15 días después de vencido el plazo de la carta fianza.
- * **Revocable.-** Puede pactarse en algunos casos la posibilidad de revocarse, especialmente cuando se encuentra condicionada a determinadas circunstancias.
- * **Irrevocable.-** No admite orden de revocatoria, tiene la misma naturaleza que una fianza incondicionada.

d.2.2. *Aval.* - Es una garantía personal que se formaliza con la firma del garante puesta en el anverso de un documento de crédito o título valor. El avalista siempre es un deudor solidario, responde ilimitadamente por el monto de la deuda y sus intereses referidos en el título valor firmado; no está sujeto a condición alguna y no puede retractarse.

d.3. *El crédito prerulario.* - La prenda es un contrato en el cual se entrega física o jurídicamente un bien mueble, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación. Es un contrato real y puede celebrarse por el mismo deudor o un tercero capaz de enajenar el bien, quien lo entrega en garantía de la obligación del deudor principal.

Este contrato es regulado por el Código Civil, en cuyo artículo 1055 se establece:

“La prenda se constituye sobre un bien mueble mediante su entrega físico o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación”.

La prenda es indivisible y garantiza la obligación mientras no se cumpla íntegramente, se extiende a todos los accesorios del bien.

El bien dado en garantía debe ser entregado al Banco física o jurídicamente, o a la persona designada por éste, o a la que señalen las partes.

El Art. 1059 del C.C. define la *entrega jurídica* al señalar lo siguiente:

“Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efectos desde la inscripción en el Registro respectivo

Clases de prenda

* **Prenda civil.**- Se entrega un bien mueble en garantía de una obligación dándosele al acreedor la facultad de poder venderlo y de pagarse con preferencia a otros acreedores, con el producto de su venta, si el deudor no cumple con la obligación garantizada.

El contrato es por escrito y siempre conlleva la entrega del bien al acreedor o a un tercero-depositario.

La prenda puede ser sobre bienes muebles corporales o incorporeales (créditos o valores).

* **Prenda mercantil o comercial.**- Es aquella que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación comercial. Obligación comercial es la que resulta de la ejecución de actos de comercio, no interesando la calidad de comerciante o no comerciante de quienes lo ejecuten.

Esta prenda es siempre con desplazamiento y debe constar de documento escrito.

* **Prenda industrial.**- Otorgado por persona natural o jurídica dedicada a la actividad industrial. Se puede preñar maquinaria, equipos, herramientas, medios de transporte y demás elementos de trabajo, así como materias primas, semielaboradas, los envases y cualquier producto manufacturado o en proceso de manufactura.

El contrato de prenda industrial debe ser por escrito, con las firmas de las partes legalizadas notarialmente y deberá inscribirse en el Registro de Prenda Industrial.

La prenda puede ser con o sin desplazamiento del bien.

* **Prenda Agrícola.**- Otorgada por un agricultor o ganadero, quien afecta bienes muebles, equipos, maquinaria, instrumentos de labranza, productos, semillas,

fertilizantes, medios de transporte, así como animales y sus productos, los frutos se hallen pendientes o separados de la planta.

El contrato debe ser escrito y se obliga a su Registro. Puede otorgarse con o sin desplazamiento del bien.

* **Prenda minera.-** Constituida por una empresa minera sobre maquinaria, equipos y productos. Se incluye a los productos en materia prima, semielaborados y terminados.

El contrato es por escrito y debe inscribirse en la Jefatura de Minería.

* **Prenda de Transporte.-** Constituida por empresas de transportes de pasajeros o de carga, sobre sus unidades, sin la necesidad de entregar en depósito, es decir que se puede constituir sin desplazamiento. El contrato es por escrito y debe inscribirse en el Registro de la Jefatura de Transporte, donde se encuentra inscrito el vehículo.

* **Prenda naval.-** Constituida sobre bienes muebles, tales como maquinaria, equipos, herramientas, motores, redes, destinados a la actividad naviera o pesquera.

El contrato debe ser por escrito y debe registrarse. Se otorga sin desplazamiento del bien.

Otros contratos de prenda otorgados con desplazamiento:

* **Prenda de créditos que consten en documentos y títulos valores.-** Debe notificarse al deudor, salvo que los documentos se encuentren endosados o al portador.

* **Prenda de acciones.-** Las que serán entregadas al acreedor y se registrara en el Libro de Acciones de la empresa emisora.

* **Prenda de dinero.-** Siempre que no sea disponible por parte del Banco y se pueda identificar.

* **Warrant, llamado bonos de prenda.-** Por el cual un Almacén General reconoce haber recibido en depósito de su legítimo propietario y por un plazo no mayor de un año, una determinada cantidad de mercadería, otorgando un Certificado de Depósito con el que se acredita la recepción de la mercadería y mediante el cual el tenedor tiene dominio y disponibilidad de las mismas.

- * **Conocimiento de embarque.**- Llamado carta de porte, tiene el carácter de títulos representativos de mercaderías objetos del transporte. Es otorgado por un transportador y da derecho a recepcionar la mercadería cuando concluye el transporte.
- * **Pólizas de Seguro de Vida.**- Las que a través del endoso el Banco puede convertirse en beneficiario, en caso de muerte del prestatario.

d.4. Crédito Hipotecario:

La hipoteca es otra forma de garantía real que se constituye sobre inmuebles en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al Banco los derechos de persecución, preferencia y venta judicial.

El Art. 1097 del C.C. establece textualmente los siguiente:

“Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la des posesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

El contrato debe celebrarse por escritura pública e inscribirse en los Registros Públicos, bajo pena de nulidad. Por este motivo, sólo se acepta bienes inmuebles que se encuentren inscritos en los referidos Registros, salvo disposición diferente de la ley.

La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados, se extiende a todas las partes integrantes del inmueble, a sus accesorios y al importe de las indemnizaciones de los seguros.

La hipoteca es indivisible, puede garantizar una obligación futura o eventual y puede ser constituida bajo condición o plazo.

Clases de hipoteca:

- * **Hipoteca Predial.**- Constituida sobre terrenos y/o edificaciones urbanos o rurales.
- * **Hipoteca Popular.**- Constituida sobre terrenos y/o edificaciones ubicados en pueblos jóvenes.

- * **Hipoteca Legal.-** Establecida por el Código Civil para proteger o garantizar algunas situaciones vinculadas con el inmueble. Tales como, la establecida en favor del vendedor del inmueble cuyo precio no se le ha cancelado total o parcialmente, o el caso del proveedor de los materiales empleados en la edificación y que no hayan sido cancelados. Esta garantía no requiere de documento ni de inscripción en el Registro.
- * **Hipoteca Naval.-** Constituida sobre buques y embarcaciones pesqueras. También es un acto solemne que requiere de escritura e inscripción en el Registro de Buques o en el Registro de Pesquería.
- * **Hipoteca sobre sus aeronaves.-** Se constituye sobre cualquier vehículo capaz de desplazarse en el espacio aéreo y que sea apto para transportar pasajeros o carga. Requiere de escritura y se debe inscribir en el Registro de Aeronaves.
- * **Hipoteca minera.-** Constituida sobre derechos mineros, debiendo otorgarse por escritura e inscribirse en el Registro Público.

d.5. El crédito anticrético:

Por el contrato de anticresis se entrega en administración un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al Banco el derecho de explotarlo y percibir sus frutos. (Art. 1091 del C.C.).

Es requisito obligatorio que el contrato se otorgue por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital.

e. Otra clasificación de las garantías:

Otra clasificación importante es la establecida por la Superintendencia de Banca y Seguros, en su Circular B-1964-94 del 12 de setiembre de 1994, que las considera de la siguiente forma:

e. 1. *Garantías autoliquidables* . - Depósitos de dinero, prenda de títulos valores cotizados en Bolsa, Fianza y/o avales de Instituciones Financieras del país o del extranjero, cartas de crédito *Stand by*, Seguro de Crédito a la Exportación para financiaciones pre y post embarque de exportaciones.

e.2. *Garantías de lenta realización.* - Primera prenda mercantil constituida mediante endoso de Warrant sobre productos, conocimiento de embarques o carta de porte, hipotecas, prendas, cobranzas de títulos valores con vencimiento de hasta 360 días, y documentos objeto de descuento, con vencimiento de hasta 360 días.

e.3. *Otras garantías.* - Avales personales, fianzas, prenda mercantil, medidas judiciales y otras.

f. Evaluación del crédito:

Deberá solicitarse la constitución de garantías teniéndose en cuenta el tipo de riesgo. Esto significa que un crédito deberá contar con una garantía suficiente y que sea realmente ejecutable.

Para esto deberá considerarse las siguientes normas:

1. Los títulos-valores susceptible de negociación por endoso, excepto el cheque, cuando se encuentren en poder del Banco, el endoso puesto en él se presume hecho en garantía, a menos que medie estipulación en contrario. (Art. 172 de la Ley de BFS).

2. La sola entrega a un Banco de Bonos u otros valores mobiliarios, constituyen prenda sobre tales bienes, en garantía de las obligaciones de quien hiciera la entrega, salvo estipulación en contrario.

3. Respecto a la prenda de acciones rige las disposiciones establecidas en los Arts. 111 y 113 de la Ley General de Sociedades.

4. Los bienes dados en prenda, warrant o hipoteca respaldan todas las deudas y obligaciones, directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía, salvo que exista estipulación en contrario.

5. Los Bancos podrán solicitar la venta de los bienes que se les haya afectado en prenda o hipoteca en los siguientes casos:

- a. Si el deudor dejaré de pagar una o más cuotas en los plazos establecidos.
- b. Si la garantía se hubiese depreciado o deteriorado que ponga en peligro la recuperación del crédito.

- c. Si el deudor o el Banco son demandados respecto a la propiedad de los bienes dados en garantía.
- d. Si el deudor realiza actos de disposición o constituye nuevos gravámenes sobre los bienes afectados en garantía.
- e. Si por cualquier título el deudor cede la posesión de los bienes dados en garantía, sin recabar la conformidad previa del Banco.

CAPITULO V

EL CONTRATO DE DESCUENTO

Este es un contrato muy utilizado entre los Bancos y las empresas comerciales, que permite que estas últimas puedan vender sus mercaderías o bienes otorgando facilidades crediticias, mediante la suscripción de letras de cambio para ser pagadas a futuro, lo que permitirá la multiplicidad de operaciones y una rotación impresionante de los bienes que comercializa el cliente.

1. Definición

El contrato de descuento consiste en la entrega de una suma de dinero por parte del Banco a su cliente, mediante la transferencia como contraprestación de un crédito no vencido a cargo de un tercero. El monto de la entrega realizada por el Banco está determinado por el valor del crédito transferido menos el interés equivalente al plazo pendiente entre la fecha del descuento y la del vencimiento del título.

De esto resulta que el Banco concede un préstamo cobrando anticipadamente los intereses y que el deudor le transfiere un crédito a cargo de un tercero, siempre con la garantía del deudor en el sentido que devolverá la suma recibida, de no ser pagada la letra de cambio por el aceptante.

2. Objeto del contrato

El objeto es doble: para el cliente la recepción de la suma de dinero y para el Banco la colocación que hace a cambio de recibir letras de cambio que al vencimiento serán pagadas por un tercero, el aceptante de la letra, y en caso de incumplimiento tiene la facultad de cargar su valor, más intereses y gastos en la cuenta corriente del cliente.

La regla general es que el contrato de descuento se utiliza el descuento de títulos valores, especialmente letras de cambio, y en menor grado pagarés y vales.

Existe sin embargo otras modalidades de descuento, evidentemente menos utilizadas, como los créditos no incorporados a títulos valores y los créditos en libros.

Al respecto el Art. 246 de la Ley de BFS faculta a los bancos múltiples a:

“mc. c).- Descantar y conceder adelantos sobre letras de cambio, pagarés y otros documentos comprobatorios de deuda”.

La facultad no sólo es para el descuento de letras de cambio, sino también para otros títulos valores, comprobatorios de deuda, como lo es el pagaré:

3. Obligaciones del cliente

a. Utilización de la cuantía aprobada.- En el contrato el Banco le otorga al cliente un crédito de naturaleza rotativa, fijándose una cuantía máxima para su utilización anual. El cliente presentará sus letras de cambio para descuento en planillas especiales que le proporciona para el caso el Banco. El monto total de las planillas no debe exceder de la cuantía máxima aprobada.

b. Transferir los créditos.- El cliente debe entregar las letras para el descuento debidamente endosadas a favor del Banco, para que en determinado momento y a su sola decisión puede ejercer las acciones cambiarias que le corresponden como tenedor de las mismas.

c. Reembolsar la suma recibida.- Esta obligación es característica propia del contrato, pues queda convenido que si la letra de cambio descontada no es pagada por el aceptante a su vencimiento, su valor, incluyendo gastos e intereses, serán reembolsados automáticamente por el cliente descontante.

d. Pagar la remuneración convenida.- Se cumple en forma automática en el caso del descuento, pues cuando el Banco entrega la suma de dinero, descuenta, como lo sugiere el nombre del contrato, la suma correspondiente al interés entre la fecha que se realiza la operación y la del vencimiento del crédito transferido.

4. Obligaciones del Banco

- a. Facilitar las planillas para la presentación de las letras que serán descontadas por el cliente.
- b. Calificar las letras de cambio que le han presentado, las mismas que deben provenir necesariamente de operaciones comerciales normales realizadas entre el descontante y el aceptante. También se califica la plaza de cobro y el plazo.

- c. Entregar la suma de dinero como consecuencia de la transferencia del crédito, previa aplicación de la tasa del descuento.
- d. Devolver inmediatamente las letras que no han sido calificadas.
- e. Notificar al aceptante y proceder al cobro de la letra de cambio.

- f. En caso de incumplimiento en el pago, procederá el Banco a entregar las letras al Notario Público para que proceda al protesto respectivo, salvo indicación expresa del cliente que dispense de dicho requisito.

CAPITULO VI

CONTRATO DE FIDEICOMISO

1. Antecedentes

Este contrato tiene sus antecedentes históricos en la fiducia romana que permitía la transferencia de un bien a una persona para que le diera algún destino determinado o para que sirviera de garantía de algún crédito.

2. Definición

Este contrato está definido por lo dispuesto en el Art. 314 de la Ley de BFS que establece textualmente lo siguiente:

“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero llamada fideicomisario.

Sólo las empresas bancarias están autorizadas para desempeñar-se como fiduciarios, quienes están facultados para recibir bienes líquidos y toda clase de bienes y derechos enajenables o transmisibles conforme a ley.

Esta facultad está determinada en el Art. 247 de la Ley de BFS, en su inc. e) que dice:

“Actuar como fiduciarios en contratos de fideicomisos

Para actuar como fiduciarios los Bancos deberán constituir departamentos especializados y separados, claramente diferenciados de las actividades que le son propias.

3. Formalidades

Estos contratos deben celebrarse necesariamente por escritura pública, participando necesariamente, el fideicomitente y el banco fiduciario. La ley también admite la validez de la constitución del fideicomiso cuando se constituye por testamento del

fideicomitente, no siendo en este caso, requisito la aceptación del banco fiduciario, en todo caso su declinación obligaría al nombramiento del banco reemplazante y sin ningún banco aceptaré el encargo, el fideicomiso se extingue.

4. Plazo

El plazo de duración de estos contratos es de veinte años como máximo, con las siguientes excepciones:

a. El fideicomiso vitalicio.- En beneficio de fideicomisos que hubieran nacido o estuvieran concebidos al momento de constituirse el fideicomiso. El plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.

b. El fideicomiso cultural.- Que tenga por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, etc. El plazo puede ser indefinido.

c. El fideicomiso filantrópico.- Que tenga por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas. El plazo puede ser igualmente indefinido.

5. Contabilización

Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo afectado al fin del contrato, ya que los bancos fiduciarios no pueden incluirlo entre sus activos, sino que deben llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso.

6. Naturaleza Jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica podemos indicar de que se trata de un contrato típico de la banca moderna, por el cual el Banco brinda al cliente (fideicomitente) un servicio de administración, gestión, inversión, entre otros.

Contiene un doble negocio: primero uno evidente que implica la transferencia de un bien, y el otro subyacente, pues se debe cumplir con un encargo de confianza.

Se trata de un contrato autónomo, principal independiente y distinto de otros. Además es consensual, bilateral, oneroso y formal.

7. Prohibiciones

Finalmente debemos referirnos a los fideicomisos prohibidos expresamente por la Ley:

- a. Los fideicomisos secretos.
- b. Los que constituyen fraudes a terceros.
- c. Aquellos en los que el beneficiario sea el propio fiduciario, y
- d. Los fideicomisos perpetuos y eternos.

CAPITULO VII

LA TARJETA DE CRÉDITO

1. Definición

Es un contrato por el cual una empresa bancaria o una persona jurídica autorizada, concede una apertura de crédito, de tipo rotatorio, con una cuantía determinada, a favor de su cliente que puede ser una persona natural o jurídica, para que utilizando una tarjeta plástica singular, pueda adquirir bienes o servicios de las empresas o establecimientos afiliados, cuyos consumos serán cancelados al contado (a la vista) o a cierto plazo convenido.

Podemos observar que se trata de una figura jurídica múltiple y compleja. Diferentes tratadistas, entre ellos ALVAREZ-CORREA, sostiene de que se trata de tres contratos diferentes: un contrato de emisión de la tarjeta de crédito entre el Banco y el titular de la tarjeta; un contrato de afiliación entre el Banco y la empresa proveedora de los bienes o servicios, y un contrato de compraventa entre el titular de la tarjeta y la empresa afiliada.

2. Contratación Múltiple

Evidentemente este contrato constituye un conjunto de múltiples relaciones de diversa índole, que podríamos resumirlas de la siguiente forma:

- a. Desde el punto de vista *crediticio*, existe una relación jurídica entre la entidad emisora y el cliente usuario de la tarjeta, quienes celebran un contrato de apertura de crédito, lo que significa que el Banco pone a disposición de su cliente un crédito par ser utilizado en el futuro, mediante la compra de bienes o servicios o retiro de dinero en efectivo, hasta un monto determinad o preestablecido.
- b. Desde el punto de vista del *Banco con la empresa afiliada*, existe un contrato de afiliación y de cuenta corriente, por el cual e Banco se compromete en cancelar las compras y consumos efectuados por el titular de la tarjeta, a la sola presentación de lo comprobantes firmados por el titular, a cambio de una comisión preestablecida.
- c. Y, las relaciones de *compraventa* celebradas entre el titular de la tarjeta y la empresa afiliada.

Esta última se compromete en vender sus productos o servicios a precio de contado, pues la tarjeta se constituye en un medio seguro de pago.

3. Entidades emisoras

Las entidades emisoras pueden ser.

a. Empresas comerciales.- Que emiten sus propias tarjetas de crédito, para uso exclusivo en sus establecimientos y empresas vinculadas.

b. Entidades especializadas no bancarias.- Que son prácticamente las creadoras del credit card, o tarjetas no bancarias, que no se utilizan en el área bancaria, pero que permiten la compra de bienes y servicios en las entidades afiliadas al sistema.

c. Entidades bancarias.- Que son las empresas que vienen trabajando masivamente este producto.

La facultad que tiene los Bancos para operar estas operaciones se encuentra en el inc. y) del Art. 246 del BFS, que dice.

“Expedir y administrar tarjetas de crédito”.

4. La tarjeta plástica

La tarjeta de crédito es un instrumento que permite utilizar el crédito concedido por la entidad bancaria para la compra de bienes y de servicios. Se trata de una tarjeta plástica grabada con los datos del titular de crédito, generalmente con una cinta magnética incorporada, y donde se registra la firma del titular que servirá para el control adecuado por parte de la empresa afiliada.

En el Perú la tarjeta de crédito ha sido reglamentada por Resolución N² 355-93-SBS publicada en el Diario oficial El Peruano el 24 de Julio de 1993.

De acuerdo a este reglamento los Bancos y Financieras sólo celebrarán contratos de tarjeta de créditos con sus cuentas correntistas que lo soliciten por escrito, siempre que como resultado de las correspondiente evaluación crediticia, calificación de su capacidad de pago, solvencia moral y económica, y se apruebe la respectiva solicitud.

Se ha establecido que las empresas bancarias debitarán en la cuenta corriente respectiva, el importe de los bienes y servicios que el titular de la tarjeta consume utilizando la misma, conforme a las órdenes de pago que haya suscrito.

5. Plazo

Los contratos respectivos no podrán exceder del plazo de cinco años, pudiéndose acordar plazos menores, con renovaciones adicionales de acuerdo a la evaluación crediticia sobre el uso adecuado de la misma.

6. Pago de los consumos

Se ha establecido que los plazos de cancelación de las compras o consumos se efectuarán de la siguiente forma:

- a. Consumo para pago inmediato.
- b. Consumo para pago diferido. En este caso se conviene los plazos y los intereses respectivos.

El reglamento señala que los financiamientos serán amortizados por lo menos con una frecuencia mensual y por monto no menor a un dozavo del saldo deudor mensual correspondiente a cada titular de la tarjeta.

En caso de no haberse pactado plazo alguno para dichas amortizaciones, el pago se efectuarán mensualmente, incluyendo los intereses compensatorios y los gastos efectuados.

7. Naturaleza jurídica

Los caracteres jurídicos de este contrato son:

- a. Es un contrato principal, pues no depende de otro contrato, tiene vida propia.
- b. Es consensual, pues se requiere del consentimiento de las partes.
- e. Es un contrato complejo, pues emanan una serie de vínculos jurídicos entre varias personas.

- d. Es oneroso, pues genera beneficios a todas las partes que intervienen.
- e. Es de tracto sucesivo, pues la utilización le permite el pago de compras reiterativas en oportunidades sucesivas y empresas diferentes.
- f. Es conmutativo, pues cada una de las partes que intervienen en el contrato es consciente del acto jurídico que realiza.
- g. Es un contrato de crédito rotativo, pues permite el uso del crédito en los límites o cuantía permitida, y a su cancelación, se puede nuevamente efectuar nuevos consumos siempre que no exceda de la cuantía otorgada.
- h. Es *intuitu personae* pues está referida a una persona determinada de acuerdo a su solvencia moral y económica y no se transmite a los herederos y es intransferible inter vivos.

Coincidiendo con estos caracteres jurídicos, *Hundskopf* manifiesta que es un contrato sui generis, atípico, consensual, de prestaciones recíprocas, principal, de ejecución sucesiva y de adhesión.

8. Terminación del contrato

Las causales más frecuentes de terminación de estos contratos son:

- a. Por fallecimiento del usuario.
- b. Por terminación del contrato o vencimiento del plazo.
- c. Por extinción del emisor. Cuando el Banco emisor deja de administrar una determinada tarjeta.
- d. Por resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento del titular de la tarjeta.

9. Ventajas

Podemos indicar algunas *ventajas* que se observan para las partes:

Para el usuario:

- a. Comodidad de adquirir bienes y servicios sin necesidad de llevar dinero en efectivo.
- b. Seguridad frente a posibles sustracciones.
- c. Comodidad de poder acumular el pago de varios consumos en un sólo momento.
- d. Posibilidad de crédito.
- e. Prestigio, pues representa un indicador de solvencia económica.

Para la empresa afiliada:

- a. Ampliación de clientela.
- b. Mayor volumen de ventas.
- c. Comodidad al evitar el manejo de dinero en efectivo.
- d. Seguridad en cuanto al cobro de las facturas.
- e. Prestigio comercial al ser incluido entre las empresas afiliadas al sistema.

Para la entidad emisora:

- a. Permite percibir comisiones de la empresa afiliada, de acuerdo a los volúmenes de ventas.
- b. Otorga facilidades crediticias con cobro de intereses, a los usuarios por el pago de sus compras.
- c. Reemplaza el uso de cheques, reduciendo sus gastos por la impresión y su operatividad.

10. Desventajas

En cuanto a las *desventajas*, se reconoce que son **en su número** menores que las ventajas, en todo caso, las primeras son susceptibles de ser superadas con cierta facilidad. Entre las mas frecuentes tenemos:

- a. Riesgo de sustracción y utilización fraudulenta.
- b. Obligación de pago de canon anual por emisión de tarjeta.
- c. Posibles abusos del cliente en excederse en la cuantía.
- d. Elevado costo de publicidad, administración y equipamiento necesarios.

CAPITULO VIII

LETRAS HIPOTECARIAS

1. Concepto

Las letras hipotecarias emanan de un contrato de crédito hipotecario. Los créditos hipotecarios son otorgados por los Bancos a personas naturales, mediante la emisión de letras hipotecarias que podrán ser colocados en el mercado de valores para conseguir el financiamiento para la adquisición y/o construcción de viviendas, y que será pagado mediante cuotas mensuales entre cinco y veinte años.

Por tanto las letras hipotecarias son instrumentos financieros de renta fija emitidas por un banco emisor con la finalidad de otorgar un préstamo para ser destinado a la construcción o adquisición de una vivienda.

Estos contratos se encuentran regulados por los Arts. 295 al 297 de la Ley de BFS, y Reglamentadas por la SBS mediante las Circulares N² B-1953-94 del 26 de enero, B-014-94 del 17 de marzo y B1959-94 del 10 de mayo todas de 1994.

En una primera etapa, la Superintendencia de Banca y Seguros ha limitado su otorgamiento de letras hipotecarias únicamente a personas naturales y para el financiamiento de la adquisición y/o construcción de viviendas. Sin embargo, su objetivo a mediano plazo comprende la adquisición además de locales comerciales, industriales, recreativos, etc.

Las letras hipotecarias serán siempre de amortización directa, se emitirán al portador o nominativas y se numerarán en forma correlativa para cada denominación.

2. Formalidades

Si el Banco aprueba un crédito hipotecario, financia hasta el máximo del 75% del valor del inmueble o del proyecto de construcción, y la diferencia del 25% restante será asumido por el comprador con sus propios recursos.

Los contratos de préstamo hipotecario deberán elevarse a Escritura Pública, y en el mismo se deberá señalar en forma expresa los montos que el prestatario deberá reembolsar por concepto de amortización, intereses, comisión, seguro de desgravamen y cualquier otro gasto, en una tabla de reembolso que deberá insertarse en la escritura.

3. Desembolsos

El desembolso de los crédito hipotecarios se efectuará mediante Letras Hipotecarias emitidas por el Banco por un monto no mayor al préstamo otorgado estas últimas a medida del avance de la obra tratándose de préstamos para construcción de viviendas. El Banco entrega al deudor para su negociación o por encargo de este último, podrá venderlas en la bolsa.

Con los recursos obtenidos se adquiere o se construye el inmueble.

4. Las letras hipotecarias

Las letras hipotecarias, sólo pueden ser emitidas a fecha fija y deberá incluir la siguiente información:

- a. Identificación de la empresa emisora.
- b. Valor nominal de la emisión.
- c. Número y serie de la letra.
- d. Fecha de emisión.
- e. Fecha de vencimiento.
- f. tasa de interés.
- g. Forma de amortización.
- h. El valor de los cupones, según la forma de amortización convenido.
- i. Firma de los representantes del Banco emisor.

5. Contabilización

Los Bancos llevarán un registro especial donde contabilizarán las letras hipotecarias que han puesto en circulación, agrupadas en series de características similares en cuanto a tipo de moneda, tasa de interés, plazo, forma de amortización y detalles del crédito.

Las letras hipotecarias serán impresas en serie, ya sea en talonarios, libros de registros u otro mecanismo automatizado, que quedará en poder de la entidad emisora.

6. Capacidad de pago

El otorgamiento de los créditos hipotecarios debe efectuarse previa evaluación de la capacidad de pago de los potenciales deudores, y tratándose de créditos otorgados a largo plazo, los Bancos deben evaluar el alto riesgo de esta modalidad crediticia, por ser

ajustables en moneda nacional o sujeto a las variaciones de tipo de cambio cuando se otorgue en moneda extranjera.

7. Pago de la deuda por cuotas mensuales

Los reembolsos del crédito se efectuará mediante cuotas periódicas o cuotas sucesivas de acuerdo a la tabla de reembolso que comprende los intereses, comisiones y puede incluirse las primas de seguro. El pago de las cuotas deberá efectuarse dentro de los primeros ocho días calendarios de cada mes.

Se ha establecido que las comisiones autorizadas a los Bancos es fijada libremente, y dentro del concepto de comisiones se comprende el margen financiero de la institución, así como los gastos administrativos y operativos. No se incluye dentro de este concepto los gastos correspondientes a las primas de seguro, derechos registrales y notariales, tasaciones de peritos, impuestos, etc.

8. Garantía hipotecaria

Estos créditos se otorgan con garantía hipotecaria de primer rango, la misma que es tasada por perito financiero, debiendo considerar aquellos factores que realmente inciden en el valor del bien, teniéndose en consideración, que las garantías constituyen recursos de recuperación de última instancia.

Una característica especial de estos contratos, es que con el endoso de la letra se transmite al cesionario la garantía hipotecaria.

9. Medidas de seguridad

Los Bancos para emitir las letras hipotecarias deberán tomar todas las medidas de seguridad necesarias, seleccionando adecuadamente la calidad del papel que utilicen, considerando el tiempo en que estarán en circulación así como la imprenta con la que se contrate los servicios de impresión, a efectos de que ésta reúna los requisitos técnicos adecuados para la impresión de valores y las garantías suficientes para evitar la posibilidad de ocurrencia de falsificaciones.

Entre las medidas de seguridad dispuestas tenemos:

- a. Usar papel y reacción química del mismo.
- b. Reacción a la luz ultravioleta y sello de agua.
- c. Diseños especiales de seguridad y sellos correspondientes.

CAPITULO IX

EL JOINT VENTURE

1. Concepto

También se le conoce a este contrato como de “*Riesgo compartido*”, y tiene como característica que dos o más personas naturales o jurídicas, celebran este contrato con el objeto de realizar una actividad económica específica, es decir realizar un negocio en conjunto, asumir el riesgo respectivo en común y disfrutar de sus beneficios, por un tiempo determinado, sin la necesidad de constituir una sociedad o persona jurídica.

La escena de este contrato es el objetivo común de las partes, donde la acción es determinada por dos o más emprendedores sin el ánimo de formar una sociedad.

Para ARLAS SCHRELBER el contrato de riesgo compartido es un instrumento contractual que responde a la necesidad de movilizar capitales en busca de alta rentabilidad y correlativa reducción de riesgo, en el que las partes se juntan con un criterio de coparticipación que asume las más diferentes formas y matices.

Las partes aportan para lograr el objeto del contrato activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados únicamente en miras al fin específico propuesto.

2. Perfeccionamiento

Estos contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes en base a la buena fe contractual, y podrán elevarse a escritura pública e inscribirse en los Registros Públicos, cuando las partes hayan acordado constituir una sociedad especial para este fin.

3. Ventajas

La ventaja que se reconoce a estos contratos es de ser utilizado para una cantidad ilimitada de proyectos e inversiones, en las distintas áreas de la minería, hidrocarburos, pesquería, navegación, industrias y empresas comerciales en general.

En el sector bancario, el riesgo compartido se da en las siguientes operaciones, contempladas en los incs. g) y s) del Art. 246 de la Ley de BFS.

“g) . - Actuar en sindicalización con otros bancos y financieras para otorgar créditos y garantías, bajo las responsabilidades que se contemple en el convenio respectivo”.

“s) . - Celebrar acuerdos de participación y de venta de cartera”.

En el primer caso, los Bancos pueden compartir el riesgo crediticio actuando en sindicalización con otros Bancos, quienes previo convenio pueden otorgar un crédito importante a uno de sus clientes comunes. Al aprobarse un crédito sindicalizado, los Bancos asumen un porcentaje de participación, conforme al cual aportarán al capital prestado, porcentaje que servirá para determinar también su participación en las recuperaciones y beneficios consiguientes.

En el segundo caso, los Bancos pueden celebrar contratos de participación en la venta de cartera pesada, estableciéndose en los contratos la forma de asumir el riesgo compartido, en los casos de cartera no recuperada.

4. Duración

La duración prevista está referida al logro de los objetivos propuestos, no obstante los ventures pueden señalar un plazo máximo definido, pudiéndose extinguir aún no concluido el objeto.

5. Contabilización

Una característica de estos contratos es que los joint ventures deberán mantener contabilidad independiente de los socios o partes contratantes, tanto para el manejo de la gestión del negocio como para la información a la SUNAT.

6. Control operativo

Uno de los aspectos de mayor importancia en la formación y operatividad de un joint venture consiste en cómo se ejercita su control. Este es un importante factor dentro del proceso de negociación previo a la celebración del contrato.

En la práctica algunas empresas aplican técnicas de control basadas en la presentación de informes de las actividades y la revisión de resultados y estrategias

aprobadas, que con frecuencia permiten fiscalizar de cerca las operaciones de la empresa conjunta.

Otro sistema de control utilizado frecuentemente, es incluir dentro del persona de gerencia y técnico, a personal de confianza de cada una de las partes que intervienen en el contrato, quienes darán la información de las actividades y resultados obtenidos, que servirán para la fiscalización respectiva.

7. Riesgos que se presentan

Los principales riesgos que se presentan y que se tienen que compartir son:

- a. Riesgo financiero como problemas en balanza de pagos, variaciones en las tasas de cambio, inflación, tasas de intereses.
- b. Riesgos políticos como expropiaciones o estatizaciones.
- c. Riesgos normativos que surgen de los diferentes sistemas jurídicos, jurisdiccionales superpuestas.

Aún cuando existe una variedad de estudios para identificar y evaluar los riesgos, las empresas extranjeras no siempre están dispuestas a enfrentarlos individualmente, por lo que buscan socios en el país donde van a operar recurriendo al joint venture.

8. Contratos satélites

Para viabilizar una operación de joint venture es necesario una serie de acuerdos suplementarios como los de licenciamiento, compra y comercialización, contabilidad y administración de cuentas, de acuerdo a la complejidad del contrato o a la intención de las partes esbozada previamente. Todos esos acuerdos se cristalizan a través de los llamados contratos satélites.

Uno de estos contratos es el know-how que tiene por objeto la transferencia de tecnología, asistencia técnica y entrenamiento de personal aportado por uno de los socios. Tales acuerdos versan normalmente sobre una licencia en particular y se regulan los mecanismos de producción, administración y control, así como las regalías y otros derechos.

9. Terminación del contrato

Las causales previstas para la terminación del contrato son:

- 1.- El logro del objeto o del negocio previsto.
2. Por resolución del contrato ante el incumplimiento de algunas de las condiciones contractuales.
3. De mutuo acuerdo entre las partes.
4. Por vencimiento del contrato cuando fue celebrado a plazo determinado.

CAPITULO X

EL CONTRATO DE UNDERWRITING

1. Definición

Para la celebración de un contrato de underwriting es necesario la existencia de una oferta de valores del mercado primario, por el cual una institución bancaria adquiere a firme dichos valores, aparejando a ella asistencia financiera a las empresas emisoras.

Precisamente el Art. 247, inc. c) de la Ley de BFS, ha facultado a los Bancos múltiples la suscripción de primeras emisiones de valores, con garantías parcial o total de su colocación.

Asimismo, los Bancos han sido autorizados para constituir empresas subsidiarias con el objeto de realizar este tipo de operaciones.

2. Personas que intervienen

Este contrato se celebra en consecuencia entre una empresa bancaria y una entidad emisora de valores, por el cual la primera se compromete en prefinanciar a la segunda, parcial o totalmente los recursos que se obtendrían como resultado de su colocación, garantizando su total o parcial suscripción dentro de un plazo, bajo el compromiso de adquirir a firme el saldo de los valores no colocados en caso que al término del plazo quedaran valores en suscribir.

3. Formalidades

Se trata de un contrato privado que no requiere de escritura pública, pero que debe ser escrito por cuanto resulta indispensable que en el consten los acuerdos y las estipulaciones por los que se regirá la relación jurídica entre las partes.

4. Naturaleza jurídica

El Underwriting es un contrato *consensual*, pues se requiere el consentimiento de las partes. Es *oneroso* por que ambas partes se benefician, es decir que obtienen ventajas. Es *bilateral* pues intervienen dos partes y por el contrato se producen obligaciones y derechos para cada una de ellas. Es *innominado* o atípico pues no se encuentra regulado

por nuestro derecho y es utilizado dentro de la nueva técnica bancaria del mercado de capitales como medio de canalizar recursos con el objeto de capitalizar, desarrollar y expandir las empresas, y permite que los bancos presten a las empresas emisoras de valores servicios como la de asesoramiento financiero.

5. Objeto del contrato

Es objeto de este contrato las acciones emitidas por sociedades anónimas y bonos.

6. Beneficios

Los beneficios que ofrece este contrato son:

- a. Obtener el capital sin esperar la colocación de las acciones o los bonos.
- b. Para el Banco, obtener el diferencial resultante entre el precio de colocación y el valor nominal.

Es decir el precio que el Banco paga a la empresa emisora resulta casi siempre menor o por debajo de su valor nominal, y el precio de venta al público que resulta siempre su valor nominal.

CAPITULO XI

CONTRATO DE FRANCHISING

Denominado también Contrato de Franquicia, cuyas características son que una de las partes llamado franquiciante, propietario de una marca, tecnología, nombre comercial, lema o invento, permite que la otra parte denominada franquiciado pueda usar, explotar o comercializarlo, contra el pago de una franquicia o regalía.

La Franquicia como técnica comercial nace en EE.UU, asociada a la Ley antitrust que impedía a los fabricantes de automóviles comercializar directamente sus productos. El éxito que alcanza esta fórmula se traslada rápidamente a otras actividades y sectores de la economía norteamericana.

La Franquicia tiene una gran importancia en el desarrollo económico por las ventajas que puede reportar a ambas partes contratantes. El franquiciador logra la expansión de su red de franquicia y la distribución de sus productos con menor riesgo financiero al no ser propietario del establecimiento franquiciado. Por otro lado para el franquiciado supone la posibilidad de ser el dueño de su propio negocio aunque sea perdiendo parte de su independencia.

1. Concepto

En el ordenamiento jurídico no se regula en forma expresa la Franquicia, por lo que no encontramos una definición legal de la misma. Sin embargo encontramos algunos conceptos que son utilizados por diferentes autores, como la definición de la Dra. BEATRIZ SANTANA ACOSTA que dice que la franquicia no es más que “un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o La prestación de servicios a los usuarios finales”.

MANUEL ORTIZ DE ZÁRATE, define eL “acuerdo de franquicia” como “el contrato en virtud del cual una empresa (franquiciador) cede a otra (franquiciado) el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta

Para SÁNCHEZ CALERO la franquicia es una modalidad del contrato de concesión que tiene por objeto facilitar la distribución de bienes y servicios, a cambio de un canon que debe pagar el franquiciado.

Para URÍA es un contrato de colaboración entre empresarios operantes en distintas áreas comerciales con la finalidad de facilitar la penetración de los productos o servicios de uno de ellos (franquiciador) en el área geográfica en la que actúa el segundo (franquiciado), el cual, a cambio del pago de un *canon* o *royalty* puede ofrecer al público productos o servicios previamente protegidos por patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial o intelectual.

2. Naturaleza jurídica

Se trata de un contrato *consensual* que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Es *bilateral* ya que el contrato produce derechos y obligaciones para ambas partes. Se trata de un contrato atípico pues no se encuentra regulado en nuestro derecho por lo cual se le conoce también como contrato *innominado*. Es un contrato *oneroso* pues cada una de las partes obtiene una ventaja a cambio de su prestación.

3. Clases

La clasificación fundamental es la que atiende a la naturaleza del objeto de la franquicia, distinguiéndose cuatro grupos:

a. Franquicia de producción.- Se denomina así a aquella en la que el franquiciador es el fabricante de los productos vendidos a través de la red de franquicia y distribuidor de los mismos.

b. Franquicia de distribución.- Llamada así a aquel sistema de franquicia en el que el franquiciador no es el productor, sino que hace las veces de control de compras, solucionando o comprando los productos a los proveedores y revendiéndolos a sus franquiciados. En realidad el franquiciador asume el papel de difusor introduciendo un producto en el circuito de distribución sin ser su productor.

c. Franquicia de servicios.- Es aquel sistema de franquicia en el que el franquiciador transmite a sus franquiciados los métodos técnicos o procedimientos por él utilizados para la gestión del negocio así como el uso de la marca que simboliza una fórmula novedosa y original, diferenciada en la prestación del servicio. Se considera a

esta franquicia como la más pura aplicación de la técnica comercial, así como la más vulnerable por ser la *más* fácil de imitar.

d. Franquicia industrial.- El franquiciador transmite al franquiciado su tecnología y saber hacer para que éste fabrique los productos que luego comercializará bajo la norma del franquiciador.

4. Otras clasificaciones

Atendiendo a su dimensión podemos distinguir las siguientes clases:

- a. Franquicia global:** en la que todo el establecimiento es ocupado por la franquicia.
- b. Franquicia parcial:** cuando la franquicia ocupa sólo una parte del establecimiento.
- c. Franquicia standard:** cuando el franquiciado aporta en su totalidad el capital del establecimiento franquiciado y trabaja directamente en él.
- d. Franquicia asociativa:** cuando el franquiciador tiene una participación en el capital de la empresa franquiciada.

5. Elementos del contrato

a. Elementos personales.- La franquicia es un contrato de colaboración entre empresarios, franquiciador y franquiciado, independientes y jurídicamente iguales. Podrán ser franquiciadores y franquiciados las personas jurídicas legalmente constituidas y las personas físicas con capacidad para ejercer el comercio.

El franquiciador es una persona clave en el contrato, ya que la garantía de la franquicia es su imagen, la originalidad de sus productos y el éxito de su técnica.

b. Elementos reales.- Se considera los siguientes:

- * Transmisión del Know-how al franquiciado, entendiendo éste como un conjunto de conocimientos de carácter comercial, técnico, administrativo o financiero.
- * La cesión de una marca, nombre comercial y otros signos distintivos.

- * La asistencia técnico y/o comercial al franquiciado.

c. Elementos formales.- La franquicia es un contrato consensual que no requiere forma especial para producir efectos jurídicos, pero es usual que conste por escrito en términos claros y en el idioma del franquiciado, especialmente por que contiene acuerdos y estipulaciones que regirá la relación jurídicamente las partes, siendo importante a la hora de resolver los conflictos que se susciten entre ellos.

En muchos casos el contrato de franquicia va precedido de un precontrato en el que se establecen las primeras obligaciones de las partes.

6. Son derechos de las partes

Son derechos del franquiciante o franquiciador:

- a. Exigir el pago de la remuneración convenida.
- b. Vigilar que no se perjudique la imagen del producto, marca o nombre objeto de la franquicia.
- c. Hacer que se respeten los derechos de propiedad industrial.
- d. Tener acceso a la documentación e información necesaria para un adecuado control.
- e. Exigir que el franquiciado cumpla con las disposiciones sobre producción, políticas de ventas, precios y manuales operativos.

Son derechos del franquiciado:

- a. Que el franquiciante le proporcione oportunamente los productos que va a comercializar y que éstos sean de la calidad y demás condiciones establecidas en el contrato.
- b. De convenirse en la exclusividad, asegurarse que el franquiciante no opere en el mismo mercado directamente o a través de una filial o vendedores.

7. Obligaciones de las partes

El franquiciador está obligado a:

- a. Poner a disposición del franquiciado los productos, marca o signo distintivo y garantizar su uso pacífico.

- b. Transmitir al franquiciado una técnica, sistema o procedimiento, fruto de la experiencia del franquiciador y que constituye su buen hacer en la gestión de un negocio.
- c. Suministrar al franquiciado los productos para su reventa cuando las mercancías sean vendidas exclusivamente por el franquiciador.
- d. Respetar el franquiciado la información y asistencia comercial y/o técnica adecuado y actualizada para el buen desarrollo de la franquicia.
- f. No interferir en el manejo de la empresa del franquiciado.
- g. Mantener una política de precios que le permita asegurar al franquiciado una adecuada operatividad.

El franquiciado por su lado está obligado a:

- a. Pagar el precio de la franquicia, royalties o porcentajes sobre el volumen de las ventas.
- b. Obligación de aprovisionarse del franquiciador o de los proveedores concertados.
- c. Observar las instrucciones y directivas del franquiciador, en especial de las relativas al precio de venta, promoción, política comercial, entre otros.
- d. Suministrar la información que el franquiciador requiera sobre la situación del mercado y explotación de la franquicia.
- e. Respetar los pactos de exclusividad y standar de calidad en la presentación, venta y precio de los productos y servicios, tal como han sido establecidos en el contrato.
- f. Guardar secreto sobre los conocimientos y técnicas transmitidas como parte del Know-how.
- g. Participar en los costes de la publicidad.
- h. Corre con el riesgo de la empresa y con los gastos de personal y diversos.
- i. No hacer uso indebido de las marcas y nombres a los que tiene acceso por el contrato.

8. Extinción del contrato

El contrato de franquicia de extingue por las siguientes causas:

- a. Vencimiento del plazo fijado en el contrato.
- b. Muerte del franquiciado si fuera persona natural o disolución si es persona jurídica.
- c. La venta a un tercero.
- d. Cambios del accionario o del Directorio.
- e. Cesión de los derechos a un tercero sin consentimiento del franquiciador.
- f. Incumplimiento de las obligaciones de las partes, que dé lugar a la resolución del contrato.

7. Obligaciones de las partes

El franquiciador está obligado a:

- a. Poner a disposición del franquiciado los productos, marca o signo distintivo y garantizar su uso pacífico.
- b. Transmitir al franquiciado una técnica, sistema o procedimiento, fruto de la experiencia del franquiciador y que constituye su buen hacer en la gestión de un negocio.
- c. Suministrar al franquiciado los productos para su reventa cuando las mercancías sean vendidas exclusivamente por el franquiciador.
- d. Respetar el franquiciado la información y asistencia comercial y/o técnica adecuado y actualizada para el buen desarrollo de la franquicia.
- f. No interferir en el manejo de la empresa del franquiciado.
- g. Mantener una política de precios que le permita asegurar al franquiciado una adecuada operatividad.

El franquiciado por su lado está obligado a:

- a. Pagar el precio de la franquicia, royalties o porcentajes sobre el volumen de las ventas.
- b. Obligación de aprovisionarse del franquiciador o de los proveedores concertados.
- c. Observar las instrucciones y directivas del franquiciador, en especial de las relativas al precio de venta, promoción, política comercial, entre otros.
- d. Suministrar la información que el franquiciador requiera sobre la situación del mercado y explotación de la franquicia.
- e. Respetar los pactos de exclusividad y standar de calidad en la presentación, venta y precio de los productos y servicios, tal como han sido establecidos en el contrato.
- f. Guardar secreto sobre los conocimientos y técnicas transmitidas como parte del Know-how.
- g. Participar en los costes de la publicidad.
- h. Corre con el riesgo de la empresa y con los gastos de personal y diversos.
- i. No hacer uso indebido de las marcas y nombres a los que tiene acceso por el contrato.

8. Extinción del contrato

El contrato de franquicia de extingue por las siguientes causas:

- a. Vencimiento del plazo fijado en el contrato.

- b. Muerte del franquiciado si fuera persona natural o disolución si es persona jurídica.
- c. La venta a un tercero.
- d. Cambios del accionario o del Directorio.
- e. Cesión de los derechos a un tercero sin consentimiento del franquiciador.
- f. Incumplimiento de las obligaciones de las partes, que dé lugar a la resolución del contrato.

CAPITULO XII

EL CONTRATO DE FACTORING

1. Definición

Conocido como Contrato de facturación, en México se le denomina de responsión o de factoraje, y presenta como característica el que una empresa encarga a otra, normalmente un Banco, para que se encargue de su facturación y cobranza, mediante la transmisión de sus créditos frente a terceros. El factoring está directamente relacionado con los servicios que un banco presta a sus clientes.

Este contrato tiene especial importancia en nuestros días, pueda actúa dentro del área de créditos que llevan los clientes a un banco, constituyendo por lo general un sistema moderno de financiamiento.

Para JUAN ROCA GUILAMÓN, el factoring consiste en un contrato de cooperación empresarial, que tiene por objeto para la entidad financiera la adquisición en firme de determinados créditos de que sean titulares sus clientes, garantizando su pago, y prestando servicios de contabilidad, estudio de mercado, investigación de clientes y asesoramiento financiero.

Para otros tratadistas como es el caso de SAMUEL LINARES B. el factoring es un contrato por el cual una entidad financiera se obliga frente a una empresa a adquirirle todos los créditos que se originen normalmente y de una manera constante en su negocio, teniendo la facultad de seleccionar dichos créditos y abonar por los mismos su importe, obligándose en algunos casos a prestar determinados servicios.

Para GARCÍA-CRUCES es un operación por el cual un empresario transmite en exclusiva los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil a un factor, el cual se encargará de la gestión y contabilización de tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de la insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo en favor de su cliente; servicios desarrollados a cambio de una prestación económica que el cliente ha de pagar en favor de su factor.

Se dan muchas otras definiciones, pero de todas ellas podemos extraerse los siguientes elementos típicos:

- a. La adquisición por parte del Banco de créditos por cobrar. Es una nueva técnica de financiamiento.
- b. El Banco asume los riesgos resultantes por la falta de pago de los créditos adquiridos.
- c. El Banco asume determinados servicios, como son la de investigar la solvencia moral y económica de los clientes, llevar un control administrativo y contable.

Los Bancos expresamente han sido autorizados a adquirir y negociar certificados de depósitos, warrants, letras de cambio y facturas provenientes de transacciones comerciales (Art. 246, inc. b) de la ley de BFS).

2. Sujetos que intervienen

Intervienen en este contrato los siguientes sujetos:

- a. - La empresa bancaria o financiera, denominada “*factor*”, autorizado por Ley, que se obliga a adquirir las acreencias, es decir letras o facturas por cobrar, liberando al cliente factoreado del riesgo crediticio.
- b. - El cliente, llamado también “*factorado*”, normalmente una empresa comercial, que puede ser una persona natural o jurídica, quien busca del banco un servicio de gestión, garantía y financiación que el factor puede brindarle.

Los deudores del “*cliente*” no integran el contrato, por ser considerados sujetos colaterales, a quienes se les debe notificar con la cesión del crédito, a fin de cancelar sus respectivas facturas directamente al nuevo acreedor bancarios.

3. Ventajas

Las ventajas que ofrece este tipo de contrato son el conjunto de servicios que se obliga el Banco factor, y que podríamos agruparlos en tres categorías:

- a. **Servicios administrativos.**- Que comprende la investigación de la clientela y la contabilización de las transacciones llevadas en las ventas.
- b. **El servicio de garantía.**- Mediante el cual el Banco factor asume el riesgo de la insolvencia de los deudores.

- c. El servicio de financiamiento.-** Que como lo hemos señalado el Banco efectúa pagos anticipados por las facturas o ventas realizadas por la empresa comercial “Cliente”.

Con estos servicios la empresa facturado logra importantes ventajas, pues puede realizar una racionalización en su organización, reduce costos en su actividad, asegura el cobro de sus créditos y obtiene liquidez para sus operaciones.

4. Modalidades

La variedad de factoring está en función a su aplicación práctica en este sentido la clasificamos de acuerdo al criterio de ARRUBLA PAÚCAR, sin dejar de indicar otras modalidades.

a. Por su contenido

- * **Factoring con financiamiento.-** El cliente obtiene liquidez sin esperar el vencimiento de los créditos.
- * **Factoring sin financiamiento.-** Primas los servicios de asistencia administrativa, contable y técnica.

b. Por su ejecución

- * **Factoring con notificación a los deudores.-** En la factura debe precisarse quien es el factó y que todo pago debe efectuarse a él, por lo tanto el facturado queda impedido de recibir ningún pago directo de sus clientes, los que deberán ser canalizados obligatoriamente al factor.
- * **Factoring sin conocimiento de los deudores.-** En este caso no existe inconveniente que el pago se haga directamente al facturado, entendiéndose que el factor se limita únicamente a prestar servicios de asesoría comercial o a una eventual financiación.

c. Por su evolución histórica

- * El colonial factoring, el más antiguo de todos, se dice que el factor actuaba como distribuidor del facturado.

- * **El factoring old line**, que es el conjunto de servicios brindados por el factor, quien además desempeña un rol financiero.
- * **El factoring new line**, se caracteriza por una mayor amplitud en las actividades del factor, sobre todo en las actividades financieras, por lo que normalmente queda incurso en la actividad bancaria.

Se reconocen otras modalidades de factoring que se vienen utilizando en determinados países, por tratarse de una institución en constante evolución, tales como *el split factoring*, por el que se comparten créditos de un único cliente; *el drop shipment factoring* que representa un conjunto complejo de contratos por el que se encarga la fabricación de un determinado producto y a un factor la gestión de las ventas; y finalmente *el split risk factoring* que supone la existencia de un sólo factor pero con la característica de compartirse los riesgos de la insolvencia de los deudores.

5. Terminación del contrato

La terminación del contrato de factoring se produce por las causales señaladas en nuestro Código Civil sea por razones naturales como el vencimiento del plazo o la culminación del objeto contractual, o por razones violentas tales como el incumplimiento de alguna condición contractual que da lugar a su resolución automática o judicial.

CAPITULO XIII

EL CONTRATO DE LEASING

Conocido como el contrato de arrendamiento financiero, que se utiliza como un contrato moderno que responde a la necesidad empresarial de comprar bienes en general que sirvan para el desarrollo y crecimiento de la empresa, tales como inmuebles, maquinaria y equipos, sin que sea para ello necesario obtener una fuerte suma de dinero que implique esta adquisición.

Se considera que esta es una nueva y moderna modalidad crediticia, que permite a las empresas tener un fácil acceso al financiamiento de activos, pagando cuotas de arrendamiento mensuales por el uso de dichos bienes, que al final pasarán a ser de su propiedad.

Este contrato de gran desarrollo viene a vincularse de cierto modo al mundo de los negocios y de la actividad industrial.

Este contrato presenta una nueva y rica modalidad entre el ahorro y la producción. En efecto los industriales requieren muchas veces de recursos financieros adicionales para su desarrollo.

1. Definición

Por el contrato de leasing o arrendamiento financiero, una persona, normalmente industrial, necesitado de recursos financieros para adquirir bienes de capital, maquinaria y equipos o de inmuebles, en una primera etapa se pone en contacto con un proveedor para determinar las condiciones de sus requerimientos. Identificadas las necesidades entran en contacto con una empresa bancaria o entidad especializada, quienes previo estudio aprueban financiar la compra de los bienes requeridos por su cliente.

Previa firma del contrato, y contra la promesa de que el bien será tomado en alquiler, el Banco procede a adquirirlo del proveedor y entregárselo en arrendamiento al industrial por un plazo determinado generalmente vinculado al plazo de amortización del crédito, y con el pacto de compraventa del bien por un valor que será el residual o uno muy cercano a él.

El nombre del contrato en inglés “leasing” viene del verbo “to lease” que significa tomar o dar arrendamiento.

Los Bancos múltiples han sido facultados para realizar operaciones de arrendamiento financiero, con arreglo a la ley de la materia, pero deberán constituir departamentos separados, claramente diferenciados de las actividades que les son propias. También los Bancos podrán constituir empresas subsidiarias para tal fin (Arts. 248 y 249 de la Ley de BFS).

2. Momentos en la ejecución del contrato

Este contrato de naturaleza múltiple, requiere de tres momentos o etapas importantes.

Primer momento.- La necesidad de una empresa de adquirir determinados bienes. Elige las mejores propuestas de precios y condiciones, y busca en una entidad bancaria la financiación respectiva.

Los bienes que pueden ser objeto de leasing son bienes identificables, generalmente bienes de capital como maquinarias y equipos

Segundo momento.- El Banco estudia el proyecto presentado por la empresa, y de ser favorable, aprueba la operación, firmándose un contrato de arrendamiento financiero, por el cual el Banco se compromete en adquirir los bienes elegidos por la empresa, a su nombre mientras dure el contrato y darlo en uso a la empresa arrendataria a cambio de un pago o alquiler mensual.

El monto de alquiler cubre normalmente el precio de los bienes adquiridos, intereses y gastos y un margen de la ganancia del Banco, con lo cual se amortiza el importe de su costo total.

Tercer momento.- Al finalizar el contrato de arrendamiento, la empresa tiene la opción de compra de dichos bienes, al precio convenido anticipadamente al firmarse el contrato de arrendamiento financiero. Normalmente es un valor residual. Esta opción puede ejercerla el arrendatario en cualquier momento.

3.- Partes que intervienen

a. El arrendatario o usuario.

Es el cliente que determina sus necesidades de requerimiento de maquinaria y equipo o inmuebles para una industria, y que solicita el financiamiento, comprometiéndose en tomarlos en arrendamiento con el pacto de compraventa futura.

b. El Banco o una entidad especializada.

Los Bancos están autorizados a realizar esta operación a través de un departamento especializados o a través de una empresa subsidiaria. También están facultadas las sociedades de Leasing creadas con este objeto. Las obligaciones de estas entidades es la de financiar la compra de los bienes objeto del contrato directamente al proveedor elegido por el usuario o cliente, a darlo en arrendamiento y a la decisión del cliente, proceder en todo caso a la venta de los bienes en el precio estipulado anteladamente.

c. El proveedor.

Si bien es cierto tiene una participación marginal, sin embargo muchas veces se lo incluye en el contrato por los efectos relativos a las garantías de los bienes vendidos, capacitación, asesoría técnica, venta de repuestos y otros de tipo técnico.

4. Clases

a. Leasing financiero.- Es el contrato de arrendamiento con pacto de compraventa, en las características que hemos venido explicando.

b. Leasing operativo.- Es una modalidad que permite que el usuario pueda devolver los bienes objeto del contrato por haber devenido en obsoletos para recibir a cambio otros más modernos. Normalmente en estos contratos se faculta a favor del arrendatario de poder solicitar la terminación del contrato en cualquier momento.

c. Lease-back.- Es una modalidad de leasing en el cual el cliente mismo hace el papel de proveedor. Es decir que el propietario de bienes y equipos procede a vendérselos al Banco o a la sociedad de Leasing, la cual a su turno se los arrienda dentro del marco general que hemos señalado, incluyéndose en el contrato el pacto de compraventa al vencimiento del plazo del arrendamiento. En esta clase de contratos el

industrial moviliza sus activos fijos haciéndose de capital de trabajo, pero con la ventaja de seguir utilizándolos para la misma finalidad productiva.

d. El Renting.- Esta modalidad es muy similar al leasing operativo, presupone la existencia de materiales en poder del Banco, los cuales son arrendados al cliente, con pacto de compraventa.

Otra característica del contrato es que se acompañan muchas veces una serie de servicios exclusivos a favor del arrendador, tales como el mantenimiento de los bienes, su reparación, asistencia técnica, etc.

5. Obligaciones del Arrendatario

- a. Pagar puntualmente el precio del arrendamiento.
- b. Cumplir con constituir las garantías exigidas por el Banco.
- c. Asumir todas las obligaciones contractuales que incluye el uso adecuado del bien, mantenimiento, cambio de repuestos, información, etc.
- d. Contratar seguros contra toda clase de riesgos.
- e. Devolver el bien al vencimiento del contrato de arrendamiento cuando no se ejerce la opción de compra o antes de su vencimiento a solicitud del Banco como consecuencia de la resolución del contrato.

6. Obligaciones del Banco

- a. Adquirir los bienes que han sido escogidos por el cliente directamente del proveedor también designado por éste.
- b. Entregar los bienes al arrendatario o facultar al proveedor para que los entregue directamente al usuario.
- c. Garantizar el disfrute del bien y sus condiciones intrínsecas.
- d. Proceder a la venta del bien, en el caso de que el arrendatario haga uso de la opción de compra, al precio convenido en el contrato.

CAPITULO XIV

EL CRÉDITO DOCUMENTARIO

1. Definición

Este es un contrato de enorme desarrollo y su gran importancia contemporáneo se vinculan a la realización y perfeccionamiento de operaciones de comercio exterior, especialmente las compraventas internacionales.

En América Latina pocos son los países que han incorporado directamente en su legislación una regulación sobre los créditos documentarios, utilizándose como norma aplicable las Reglas u Usos Uniformes aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional.

De acuerdo al RUU podríamos definir al crédito documentario como el contrato según el cual existe un cliente quien ha logrado que un Banco (Banco Emisor) emita una carta de crédito a favor de un tercero, dentro de determinadas condiciones en ella precisadas como plazo, monto y la presentación de determinados documentos, y la facultad de control y pago a cargo de un Banco corresponsal del exterior.

2. Partes que intervienen

a. El ordenante.- Viene hacer el cliente que demanda la apertura del crédito y se obliga a pagar su monto en las condiciones pactadas con el Banco emisor.

b. Banco emisor.- Se le denomina así porque apertura un crédito a través de la emisión de la carta de crédito, asumiendo un compromiso directo frente al beneficiario de pagar hasta el monto de la carta contra el compromiso de que se cumplan las estipulaciones que contiene la carta de crédito.

El pago de la carta lo efectuará el Banco emisor directamente o a través de un Banco corresponsal.

c. Banco notificador.- Ante la inexistencia de una sucursal del banco emisor en la plaza donde se ubica el tercero beneficiario, normalmente se utiliza un banco corresponsal para que se encargue de notificar o avisar al beneficiario de la apertura del crédito suministrándole un ejemplar de la carta de crédito.

d. Banco pagador.- Es el banco encargado de pagar la carta de crédito previa verificación del cumplimiento de todas las condiciones establecidas en dicha carta. El banco pagador puede ser el mismo banco emisor o encargarse del pago a un Banco corresponsal más cercano del domicilio del beneficiario.

e. Banco negociador.- Se utiliza un banco negociador cuando se descuenta una letra de cambio girada a cargo de otro banco, emisor o confirmante, o cuando contra los documentos previstos en la carta de crédito, procede a pagar sin que haya sido designado en forma específica para cumplir tal encargo.

f. Beneficiario.- Se denomina así a la persona que de conformidad con el crédito, debe proveer de determinados bienes y/ o servicios a favor del ordenante, quien tan pronto haya cumplido con las obligaciones determinadas en la carta de crédito, podrá cobrar el valor de los productos o de los servicios que ha realizado.

3. La carta de crédito

La carta de crédito es el documento peculiar nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivados del mismo.

4. Contenido de la carta

a. Nombre del Banco emisor y del ordenante.- Es obligatorio que en toda carta de crédito lo primero que debe mencionarse es el nombre del Banco que la emite, así como la del cliente ordenante, además de otros indicativos referidos a ellos, como son el país, la dirección, teléfono, telex, etc.

b. Nombre del beneficiario.- Indicación de la persona a quien se debe notificar la carta para que proceda a su cumplimiento y posterior pago. Es necesario para ello que se indique también la dirección y el país respectivo.

c. El objeto del crédito.- La parte fundamental del crédito es la indicación de los bienes que el beneficiario debe proveer, para lo cual deberá precisarse con la mayor exactitud el tipo de bien, sus características, formas, tamaños, pesos, números seriales, color, funciones, año de fabricación, y cualquier otro dato que permita la real identificación del bien y evitar futuras confusiones.

d. Cantidad de bienes.- Referido al número de los bienes a proveerse, la cual debe precisar con exactitud la cantidad contratada, referida en piezas, peso, volúmenes, etc.

e. Precio.- Debe indicarse el precio convenido por la mercadería o los bienes.

f. Plazo para el embarque.- Deberá indicarse el término dentro del cual el beneficiario deberá despachar o embarcar la mercadería, que desde luego será anterior al del vencimiento del crédito.

g. Plazo para la utilización del crédito.- Se trata de la vigencia misma del crédito, dentro del cual deberá presentarse todos los documentos referidos en la carta de crédito, para procederse al pago.

h. Documentos que deben presentarse.- El Banco emisor estará obligado a pagar el crédito o negociar documentos hasta una determinada suma, siempre que el beneficiario acredite el cumplimiento exacto de la carta con la presentación de los documentos previstos en el crédito.

Esto significa que la carta de crédito debe precisar los documentos contra los cuales se llevará a cabo el pago, no existiendo un listado de documentos, pero si los más utilizados son:

*** Documentos de embarque**

Con los que se acredita haberse entregado la mercadería a un transportador, siendo el más usual en estos casos los conocimientos de embarque, llamada también carta de porte, los mismos que son documentos representativos de la mercadería, un título valor que confiere a su tenedor, que lo haya adquirido de buena fe, la propiedad de los bienes objeto del contrato.

De acuerdo al medio de transporte éstos pueden ser conocimientos de embarque marítimos, la carta de porte ferroviario, talones de ferrocarril, conocimientos fluviales, resguardos de correo, conocimientos aéreos, conocimientos terrestres, etc.

*** Seguros**

Los documentos de seguros juegan un papel fundamental en el crédito documentario, en especial, respecto al transporte de las mercaderías, por los riesgos propios de este contrato, que puede traducirse en la pérdida total o parcial de los mismos, por lo que para evitar los mismos, deben ser cubiertos con pólizas de seguros que permitan garantizar los intereses de las partes. Normalmente se utilizan contra los riesgos.

* **Facturas comerciales**

Son documentos en los cuales se registra la naturaleza, calidad y condiciones de la mercancía; su precio, el beneficiario de la misma, la casa fabricante u otorgante, el nombre del vendedor, etc.

Las facturas deben ser emitidas por el beneficiario a favor del comprador u ordenante, y serán canceladas al momento de recibir el pago por parte del Banco pagador.

* **Otros documentos**

- **Facturas consulares.-** Son aquellas expedidas por un cónsul del país del importador o en su defecto por el de una nación amiga o una Cámara de Comercio. Puede consistir en la visación de la factura comercial por parte del Cónsul peruano en el país del beneficiario sin necesidad de expedir otro documento.
- **Documentos de pesaje.-** Se utiliza para acreditar el peso de la mercadería o bienes, especialmente cuando la compraventa está referida a un determinado peso o volumen.
- **Certificados de calidad.-** Son documentos que se expiden por una determinada autoridad para verificar que las mercancías llenen ciertas normas de calidad, consideradas como mínimas en el crédito.
- **Lista de empaque.-** Se refiere a la discriminación del contenido de los distintos bultos o paquetes que integran el conjunto de la expedición y que permiten la utilización y control adecuada de cada paquete.

Certificados fitosanitarios.- Comprueban el cumplimiento de algunos requisitos con relación a ciertos tipos de materias primas o productos agropecuarios, que particularmente pueden ser susceptibles a enfermedades o alteraciones químicas.

5. **Clases de crédito**

Las principales modalidades de los créditos documentarios se clasifican en.

a. Revocables.- Cuando el ordenante y el banco emisor no tienen compromiso firme de sostener validamente su oferta, de tal forma que la promesa de pago puede ser

retirada en cualquier momento, evidentemente hasta antes del despacho de la mercadería.

b. Irrevocables.- A diferencia del anterior, constituye un compromiso serio y firme por parte del banco emisor de pagar al beneficiario, si aquél cumple dentro del plazo todas las condiciones señaladas en la carta.

c. Créditos confirmados.- El crédito irrevocable puede estar premunido de la característica de confirmación. En este tipo de crédito el Banco intermediario adquiere el compromiso con el beneficiario de pagarle contra presentación de los documentos establecidos, si el Banco emisor, por cualquier circunstancia anormal, no lo hace. El crédito confirmado da al beneficiario mayor seguridad de cobrar o ejecutar su crédito pues tiene un nuevo deudor.

d. Crédito no confirmado.- Es aquél en el que el Banco intermediario no asume ningún compromiso adicional de pago.

e. Crédito pagadero a la vista.- Es el crédito cuyo importe es pagadero tan pronto como el Banco recibe y coteja los documentos en mérito a los cuales se debe honrar la carta de crédito, permitiendo el pago inmediato.

f. Crédito mediante letra a plazo.- También denominado “reimbursement credit”, y se utiliza en el caso en que el beneficiario conceda al ordenante un plazo para el pago, el mismo que se asegurará mediante el giro de una letra de cambio, la que es aceptada por el Banco pagador por cuenta del banco emisor del crédito. El beneficiario recibe una letra de cambio aceptada por un banco conocido que efectuará el pago al vencimiento de la misma.

6. Créditos especiales

Son operaciones en las que el crédito documentario se reviste de particulares características para adecuarlas a algunos contratos no frecuentes.

a. Crédito *stand -by*.- Es una declaración de garantía *lato sensu*. Esta modalidad es más frecuente en el mercado norteamericano, pues se permite respaldar reembolso de créditos, el buen cumplimiento de obras, la garantía de pagos de suministro de mercancías, entre otras.

En América Latina se utiliza mucho este tipo de créditos para permitir una buena forma de obtener recursos, pues la empresa que ejecuta un proyecto a través de la stand-

by letter of credit obtiene un crédito contra el cual sus abastecedores pueden recurrir presentando recibos de los materiales entregados, de igual manera puede pagar recibos de los materiales entregados; de igual manera puede pagar mano de obra presentando al banco la respectiva planilla de sueldos y salarios. Luego al final de la obra, el Banco consolida todos los adelantos con los respectivos intereses que serán cargados al cliente.

b. Crédito rotativo (revolving credit).- Muchas operaciones de compraventa se realizan con entregas de mercaderías en forma sucesivas. Por estos contratos el proveedor se obliga a efectuar despachos de la mercadería en determinadas fechas del año, con el objeto de asegurarle al adquirente un stock adecuado del producto. Esto significa que puede celebrarse un contrato de compraventa internacional por un volumen determinado y con entregas sucesivas. El importador puede en tal caso, dar la orden de emitir un crédito documentario rotativo o revolving credit en una cantidad que cubra el precio de las entregas parciales.

e. Créditos transferibles e intransferibles.- El primero es un crédito en virtud del cual el beneficiario tiene el derecho de exigir al Banco encargado de efectuar el pago o la aceptación, o a cualquier otro Banco habilitado para la negociación, que haga el crédito disponible total o parcialmente a una o varios otros beneficiarios.

En cambio, el crédito intransferible es aquél en el que el beneficiario no puede pedir al Banco obligado que el pago lo haga a favor de un tercero.

d. Crédito con cláusula roja (red ink clause).- Es una ventaja especial que se concede al beneficiario de recibir una parte del crédito o su totalidad aún antes de presentar los documentos ante el Banco pagador.

e. Crédito con cláusula verde (green clause).- Es aquel por el cual el beneficiario de la carta obtiene adelantos a la presentación de documentos, como el warrant, que acredita que las mercancías están almacenadas en algún depósito específico.

f. Credito bach to back.- Se trata de un crédito que se apoya en otro, espalda contra espalda, se sostiene uno al otro. En este crédito el beneficiario solicita al Banco pagador que le conceda un crédito con la garantía del primero, es decir de la carta de crédito. Como es lógico el Banco que otorga este nuevo crédito (crédito directo al beneficiario) lo hará en mérito a las condiciones, naturaleza o garantías del beneficiario.

7. Obligaciones del Banco emisor

a. Emitir la carta de crédito.

- b. Verificar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario.
- c. Pagar el crédito o aceptar o negociar títulos valores, siempre que la verificación de las obligaciones se han cumplido a satisfacción.

El pago del crédito lo hará directamente el banco emisor o a través de un banco corresponsal determinado en la carta de crédito. En este último caso el Banco emisor estará obligado a reembolsar lo pagado por el banco pagador.

- d. Entregar los documentos al ordenante. Este requisito se cumple tan pronto el ordenante haya cancelado el crédito al banco emisor. la entrega de los documentos es fundamental por cuanto es la manera que tiene el ordenante de poder retirar su mercancía de la Aduana respectiva.

8. Obligaciones del ordenante

- a. Pagar oportunamente al Banco emisor la liquidación del crédito que incluye los intereses, comisiones, y los gastos debidamente acreditados.
- b. Retirar los documentos tan pronto le notifique el banco emisor.

9. Obligaciones del beneficiario

- a. Proveer con la mercadería o bienes descritos en la carta de crédito, en cuanto a calidad, peso, origen, etc.
- b. Efectuar el despacho de la mercancía dentro del plazo establecido.
- c. Utilizar los medios de transporte señalados en la carta.
- d. Contratar los seguros contra todo riesgo.
- e. Emitir la factura comercial respetando el precio convenido.
- f. Presentar todos los documentos referidos en la carta de crédito.
- g. Cancelar la factura comercial tan pronto el Banco pagador haya cumplido con el pago.

10. Reglas y Usos Uniformes

Las cartas de crédito que sean emitidas y confirmadas por los Bancos se sujetarán a las reglas y usos uniformes que sobre la materia sanciona la Cámara de Comercio Internacional (ar. 313 de la Ley de BFS).

CAPITULO XV

LAS CAJILLAS DE SEGURIDAD

Se trata de una operación complementaria o servicio moderno que brindan los Bancos a sus clientes de proporcionarles cajas fuertes individuales, con cierres de seguridad, ubicadas dentro de un recinto cerrado, el cual se encuentra ciertos riesgos conocidos, como contra el libre acceso de extraños.

Permite que los clientes puedan guardar en la cajilla toda clase de títulos, documentos de valor, dinero, joyas, y otros bienes de valor, en forma confidencial y en términos de la más alta seguridad.

La forma como se opera este sistema es muy simple, el cliente recibe una llave que le permite abrir la cajilla, y normalmente un funcionario del Banco se reserva una segunda llave diferente, pero que se requiere de ambas para abrir la cajilla. Individualmente cada una de las llaves no abre la misma.

1. Definición

El contrato de cajilla de seguridad es aquél por el cual un Banco se obliga a poner a disposición de su cliente una cajilla dotada de especiales seguridades para que éste la utilice guardando sus bienes, por un tiempo determinado, y a cambio de una remuneración.

2. Obligaciones del Banco

- a. Entregar la posesión de una cajilla ubicada dentro de una zona de especial seguridad.
- b. Proporcionar la llave de la cajilla.
- c. Permitir el ingreso del cliente los días y horas permitidos dentro del horario del público.
- d. Prohibir el ingreso de extraños a la zona de cajillas.
- e. Conservar en su poder un duplicado de la llave.

3. Obligaciones del cliente

- a. Pagar la suma convenida por el uso de la cajilla.
- b. Utilizar la cajilla de acuerdo con los reglamentos aprobados por el Banco.
- c. Abstenerse de guardar bienes que pongan en peligro la cajilla.
- d. Devolver la llave al término del contrato.

4. Responsabilidad por la pérdida de la cajilla

Los Bancos no están obligados al pago de responsabilidad alguna en los casos en que las cajillas desaparezcan como consecuencia de catástrofes o incendios, así como cuando, habiendo adoptado razonables previsiones de seguridad, sean violentadas por acción delictiva de terceros perpetradas con amenaza grave para la vida o la seguridad de las personas (Art. 357 de la Ley de BFS).