

NUEVAS FIGURAS CONTRACTUALES BANCARIAS

Dr. José Antonio de Chazal Palomo ()*

1. MARCO REFERENCIAL

El contrato bancario, "constituye el antecedente conceptual que sustenta y explica la ejecución de una operación bancaria. Contrato y operación pueden ser simultáneos en el tiempo y aún se confunden en la práctica. La operación incluso puede realizarse y de hecho se realiza todos los días, sin que las partes tengan presente, la mayoría de las veces, que están celebrando un contrato; sin embargo, es evidente que en cuanto la operación se lleva a cabo, ella surge de un acuerdo de voluntades."¹

1.1. **El contrato bancario:** Spota señala que el "contrato es el acto jurídico bilateral (o plurilateral) y patrimonial."² La legislación boliviana establece que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica. En síntesis, el contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, constituidas en partes o centros de intereses, con el objeto de crear, modificar o extinguir obligaciones.

En consecuencia, el contrato bancario constituye un acuerdo en el que una de las partes necesariamente es un banco, por el cual se realizan actos jurídicos negociales a través de operaciones activas, pasivas o neutras.

1.2. **Naturaleza jurídica:** Se tipifica al contrato bancario como de adhesión por su propia naturaleza jurídica. El contrato de adhesión es aquél en que una de las partes fija de antemano las condiciones y términos, a los que la otra parte simplemente manifiesta su voluntad o no de cumplirlos.

En el contrato de adhesión, "una de las partes establece los términos del contrato, fija todas las cláusulas y a la otra sólo le queda la alternativa de aceptar o no aceptar, de adherirse o no a la oferta, sin tener a su vez, la posibilidad de formular una contraoferta y, en ocasiones de rechazarla... Quien se adhiere no cuenta, pues, con la libertad e igualdad económicas que le permitan adoptar otro proceder."³

Mazeaud sostiene que en el contrato de adhesión "el individuo conserva la posibilidad de no contratar; si contrata, es porque quiere; sin duda no tiene la facultad de discutir, pero el contrato no implica necesariamente una discusión libre e igual. En efecto, la igualdad económica o psicológica resulta imposible de

¹ RODRIGUEZ AZUERO Sergio, Contratos Bancarios, 4a. ed., Biblioteca FELABAN, Bogotá, 1990, pág. 116

² SPOTA Alberto, Contratos, Vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 19

³ SPOTA Alberto G., ob. cit., pág. 223

realizar... El tránsito del contrato de mutuo acuerdo al contrato de adhesión es insensible, y toda clasificación aparece delicada." ⁴

Los contratos bancarios, por su propia naturaleza, imponen una relación especial, con operaciones especializadas, bajo un marco normativo; por ello, es legítima la denominación de contratos de adhesión: "hay acuerdo de voluntades, no obstante que este acuerdo se reduzca a la mera adhesión de una de las partes a lo que la otra preordenó como ley del contrato." ⁵

1.3. *Nuevas tendencias*: La dinámica de la actividad bancaria está provocando la aparición de nuevas figuras contractuales, con características propias, conservando aquellos rasgos generales de la contratación bancaria. Los más importantes son: Reporto, Leasing y Factoring.

2. *REPORTO*

El reporto es un contrato por medio del cual el banco (reportador) adquiere de un tercero (reportado) títulos valores, mediante el pago de un precio establecido, con la obligación de transferirle los mismos u otros de idéntica especie, reconociéndole un precio aumentado por una prima, comisión o interés.

En esta modalidad contractual, "el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio. El premio queda generalmente a beneficio del reportador, esto sucede porque el reportado está interesado en conseguir un préstamo de dinero y en no desprenderse definitivamente de los títulos." ⁶

Aquí existe una íntima relación con negocios y operaciones de tipo bursátil, dada la existencia de títulos valores, cuya adquisición y negociación debe seguir las reglas generales referidas al mercado de valores.

El banco "no busca la adquisición de unos determinados títulos valores, sino la concesión de un crédito a su cliente, para lo cual los recibe en propiedad, pero se compromete al mismo tiempo, a retransmitírselos en especie o por su equivalente contra el reembolso de la suma entregada más una remuneración, que precisamente explica el interés del reportado de disponer durante un determinado tiempo de tales recursos... La obligación del reportador (banco) es genérica, de entregar títulos de la misma especie y calidad," ⁷ de ahí que se trata de títulos fungibles (es decir, que pueden ser sustituidos por otros de idéntica naturaleza, especie, calidad y cantidad).

⁴ MAZEAUD Henri-León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. I, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1978, pág. 104

⁵ SPOTA Alberto G., ob. cit., pág. 225

⁶ BOLLINI SHAW Carlos-BONEO VILLEGAS Eduardo, Manual para operaciones Bancarias y Financieras, 3a. ed., Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 269

⁷ RODRIGUEZ AZUERO Sergio, ob. cit., pág. 460-461

Jurídicamente, Messineo sostiene que esta figura contractual no necesariamente es de Bolsa, sino que se manifiesta también como contrato bancario. De ahí que "el reporto es concebido como contrato inmediatamente traslativo de títulos de crédito (de un determinado género) por un determinado precio, al que se acompaña simultáneamente la asunción de la obligación de retrocesión, al vencimiento, de otros tantos títulos de la misma especie (no necesariamente los títulos idénticos), contra reembolso del precio; de lo que resulta que el reportado adquiere un mero derecho de crédito a la entrega de una cantidad de títulos del mismo género y no un derecho real sobre títulos determinados. Habiendo pasado la propiedad de los títulos al reportador, el reportado, durante el curso de la operación, no puede alegar sobre ellos ningún derecho real." ⁸

Algunos tratadistas consideran esta operación como una doble venta o bien, como una venta con pacto de retroventa (*rescate*) que hace una persona que posee títulos valores de contenido crediticio en favor del banco. Se fija un término, un monto y condiciones específicas para la transmisión, así como el valor incrementado para volver a readquirirlos.

Contrariamente a esta posición, Messineo opina que "no puede hablarse de doble venta, por el motivo de que el reporto se concibe como negocio unitario, en el que los dos actos traslativos son interdependientes; además de que, el primer acto traslativo hace referencia al perfeccionamiento del contrato, mientras que el segundo hace referencia a la ejecución del mismo, al vencimiento. El reporto, una vez realizado (además de perfeccionado), es, mas bien que un contrato traslativo, el medio por el cual se restablece, para el reportado, el status quo respecto de la propiedad de los títulos; en definitiva, nada se transfiere, en cuanto la segunda transferencia neutraliza, y a vencimiento breve, la primera." ⁹

Pese a esta idea, no puede negarse en definitiva que existe ciertamente una transferencia; no hay ficción, porque se procede con la entrega de los títulos valores al banco con la obligación de restituirlos al vencimiento con el incremento acordado en el precio. Si no fuera así, no tendría razón la naturaleza del reporto, porque se estaría bajo una simulación inadmisibles en materia de contratos bancarios.

3. *LEASING*

Este es un contrato usualmente conocido como arrendamiento financiero, aunque algunos autores objetan esta genérica denominación propia del Derecho anglo-sajón, y sostienen que el leasing es simplemente un contrato similar al de arrendamiento, tal como es conocido por las vertientes inspiradas en el Derecho francés.

El leasing, conceptualmente, es una relación contractual por la cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que le entrega a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el

⁸ MESSINEO Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Editorial EJE, Buenos Aires, 1979, pág. 139

⁹ MESSINEO Francesco, ob. cit., pág. 141

arrendatario, de continuar el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en su poder al vencimiento del plazo. Se califica como operación bancaria dado que el banco interviene en el financiamiento, o bien, actúa como sociedad especializada en la materia, previa autorización del organismo competente.

El leasing "configura una típica operación de financiación de mediano o largo plazo, que se materializa entre una entidad financiera autorizada y una empresa comercial, industrial o de servicios interesada en incorporar, renovar o modernizar sus equipos productivos e instalaciones, en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad. La entidad financiera, a petición de su cliente, adquiere el bien previamente seleccionado por este último, y le facilita su utilización durante un período determinado de común acuerdo. Durante el período de utilización del bien, el cliente debe pagar -periódicamente- a la entidad financiera una suma pre-establecida en concepto de precio por tal uso,"¹⁰ a manera de cánon de alquiler, con opción de adquirir el bien al vencimiento del contrato, imputándose como parte del precio lo efectivamente pagado por el leasing.

Pese a lo anotado al inicio, se conoce esta relación contractual bajo la denominación de arrendamiento financiero, aunque algunos autores sostienen que éste más bien es una subespecie del leasing puro y simple, porque vincula un contrato de arrendamiento con una operación financiera, generalmente orientada a la realización de una inversión en maquinaria, equipo o bienes de capital, de manera dirigida, para darla en calidad de alquiler a quien esté precisado de ella, calculando un retorno de la inversión a través del cánon o precio del arrendamiento, más un valor que compense el costo financiero y los costos operativos.

En este sentido, se afirma que "el tipo de operaciones de leasing más usual es el de leasing financiero o full pay out. Se trata de la compra por parte de la empresa arrendadora de equipos escogidos previamente por sus clientes, con el simultáneo arriendo a éstos de los mismos equipso, a través de un contrato de arriendo irrevocable, a plazo fijo, con pagos periódicos que amortizan el capital invertido en la operación más el interés financiero que permitan los niveles de spread de mercado, en especial del mercado de crédito bancario que es el más cercano sustituto."¹¹

3.1. Modalidades de leasing: En este tipo de contrato, se admiten las siguientes modalidades:

- **Leasing financiero:** Es el típico leasing que se materializa como operación bancaria. Constituye aquel contrato en el cual "la sociedad, a petición de su cliente, adquiere del proveedor determinados bienes o equipos para dárselos en arrendamiento mediante el pago de una remuneración, en donde el punto de referencia inicial es el período de amortización de los bienes y con la opción a

¹⁰ BARREIRA DELFINO Eduardo, Manual Jurídico para Empresas, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 305

¹¹ O.N.U./CEPAL-PNUD, El leasing como instrumento para facilitar el financiamiento de la inversión en la pequeña y mediana empresa de América Latina, Santiago de Chile, 1991, pág. 13

favor del arrendatario de prorrogar el contrato en nuevas condiciones o adquirir el bien a la finalización del contrato." ¹²

- **Leasing operativo:** Se presenta "en relación con bienes cuyo mercado es ampliamente demandado y, por consiguiente, permite volverlos a arrendar con cierta facilidad en cualquier momento. Por lo regular, en este tipo de contratos se consagra la facultad a favor del arrendatario de pedir la terminación del contrato en cualquier momento, por obsolescencia, por ejemplo, de los bienes arrendados, para recibir a cambio otros más modernos. Como consecuencia de lo anterior, la tasa o cánon periódico no mira ya, en forma exclusiva, al período de amortización de los bienes, sino que se incrementa con los costos evaluables derivados de esa eventualidad." ¹³

- **Lease-back:** Es una modalidad por la cual una empresa convierte sus activos fijos en efectivo, para poder así hacer frente a sus problemas de liquidez, aumentando su capital de trabajo, con la alternativa de poder readquirir los bienes, equipos e instalaciones oportunamente enajenados.

El lease-back "configura una técnica de asistencia financiera moderna, que se materializa mediante la previa adquisición de un bien de capital de naturaleza mueble o inmueble, que realiza la entidad prestamista a una determinada empresa vendedora, para luego y en forma simultánea facilitarle el uso y la explotación de ese mismo bien, durante un período fijo, con más la reserva a favor de la empresa tomadora de ejercitar la opción de compra del referido bien de capital, al vencimiento del contrato y por un precio estipulado de antemano, en función de la financiación acordada... De este modo, el beneficiario de la operación modifica el título jurídico en base al cual detenta en su poder los bienes, equipos e instalaciones, pero mantiene su utilización sin interrupciones." ¹⁴

- **Leasing inmobiliario:** Consiste en la "adquisición que hace una entidad financiera de un determinado inmueble, seleccionado por el cliente, con el propósito de construir por su cuenta en el terreno adquirido, un edificio destinado a industria, establecimiento fabril, explotación comercial, depósito, oficina o sede social o administrativa, el cual una vez terminado es inmediatamente ocupado y utilizado por el cliente en locación financiera. Vencido el plazo del contrato de leasing inmobiliario, y cumplidos todos y cada uno de los compromisos financieros asumidos, el cliente pasa a convertirse en propietario del terreno y de la obra en él construida." ¹⁵

El leasing concluye o se extingue, de modo normal, a la finalización del plazo del contrato, pudiendo operarse tres situaciones: a) ejercicio de la opción -por el arrendatario- de adquisición o compra, pagando el precio e imputando a

¹² RODRIGUEZ AZUERO Sergio, ob. cit., pág. 487

¹³ ibid

¹⁴ COILLLOT Jacques, Leasing, Editorial Mapre, Madrid, 1979, pág. 206

¹⁵ BARREIRA DELFINO Eduardo, ob. cit., pág. 329

cuenta el valor cubierto por el arrendamiento; b) devolución del bien objeto de arrendamiento; c) renovación del contrato por un período adicional.

4. **FACTORING**

El factoring es un contrato celebrado entre un banco (factor) y un empresario, donde el banco se subroga los derechos del cliente, sustituyéndolo en los riesgos de no pago por el girado. Descriptivamente, es una operación por la cual, "el cliente (cedente) transfiere al factor (banco) que es la entidad financiera, sus créditos comerciales representados por las facturas que posee para cobrar, tomando la entidad a su cargo la gestión de cobro y anticipándole el importe. La cesión de derechos es global, por todas las facturas que recibe el cliente durante la vigencia del acuerdo..."¹⁶

Conceptualmente, se dice que el factoring es un contrato "por el cual una entidad financiera (banco o compañía financiera) se obliga frente a una empresa a adquirirle todos los créditos que se originen, normalmente y de una manera constante, en su negocio por venta de mercaderías, durante un período de tiempo expresamente convenido, pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y abonar por los mismos un precio fijado, mediante una proporción establecida sobre sus importes y a prestar determinado servicio, quedando los riesgos de cobrabilidad a cargo de la entidad financiera... Mediante el factoring el cliente obtiene una alternativa más de financiación de su giro operativo, derivando en el factor (entidad financiera) todo lo relativo a la selección de los deudores, en orden a la solvencia, seriedad comercial, moralidad de los adquirentes y descargando la gestión de cobro de sus créditos, contabilidad, vencimientos y otras gestiones inherentes; además asegura y cubre el riesgo, simplificando así la organización administrativa."¹⁷

Esquemáticamente, este tipo de contrato bancario persigue "otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa", conformando un sistema donde se combina la asistencia crediticia con la administración y cobranza de las facturas resultantes de ventas de bienes o servicios.¹⁸

El factoraje (término español del factoring) es "un sistema que consiste en la transferencia de deudas exigibles de clientes de una entidad financiera, la misma que anticipa un tanto por ciento sobre éstas y se ocupa de cobrarlas, sin posibilidad de responsabilizar al vendedor por operaciones fallidas."¹⁹ El antecedente español que tiene similitud con el actual factoring anglo sajón "es el contrato de factoría, factoraje o responsión, donde el factor no es más que un hacedor de los negocios de otro o de una compañía, por cuenta de los cuales actúa, de acuerdo con las instrucciones recibidas de

¹⁶ RODRIGUEZ Alfredo, Técnica y Organización Bancarias, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1980, pág. 281

¹⁷ BARREIRA DELFINO Eduardo, ob. cit., pág. 335 y 339

¹⁸ SCHULTZ Hugo, Factoring, Revista FELABAN, N° 15, pág. 174 y 175

¹⁹ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, Editorial: El Factoraje, Boletín Informativo, N° 58, Junio-1993

sus principales, a cambio de una retribución económica (factoría o factoraje), bajo una relación estable." ²⁰

En realidad el contrato de factoring determina la prestación de las partes bajo una modalidad de prestación de servicios financieros especializados, en virtud de la cual, un banco financia parte de la cartera de su cliente en relación con las cuentas por cobrar amparadas en facturas cambiarias. El cliente transfiere las facturas que tenga por cobrar, y el banco se encarga de hacerlas efectivo a cambio del pago de una comisión por el servicio, incluyendo el riesgo que asume. Si además del servicio (operación neutra) el banco concede financiamiento, se estará ante un crédito (operación activa).

En criterio de Superintendencia de Bancos, el factoraje conlleva a una "técnica de financiación de suma utilidad en la actividad económica actual, permitiendo al productor cobrar al contado sus ventas a plazo, y desligarse de todo lo concerniente a la cobranza..., se añaden las ventajas de asesoramiento sobre mercadeo, ventas, informes sobre comportamiento de clientes y otros aspectos contables. Para las empresas, esto significa un alivio en su administración y también una reducción en sus costos." ²¹

Definitivamente, "puede afirmarse que el factoring, en sus resultados típicos, es particularmente ventajoso para empresas en expansión o de reciente constitución que presentan una falta de liquidez o bien un alto número de ventas con un margen de utilidad relevante." ²² De entre ellas, las empresas que gozan de amplios márgenes de rentabilidad y presentan una estructura financiera equilibrada, obtienen con facilidad cualquier modalidad de crédito bancario que mejor se acomode a sus requerimientos de dinero y, por tanto, el factoring no les es particularmente atractivo; sin embargo, las empresas que tienen elevadas tasas de crecimiento de la facturación, generalmente presentan una frágil estructura financiera que limita sus negocios a futuro, por lo que el acudir al factoring es la tabla de salvación para sus economías.

4.1. *La Factura Cambiaria*

La legislación nacional define a la factura cambiaria como aquel título valor que en la compraventa de mercaderías a plazo, el vendedor puede emitir y entregar o remitir al comprador, para que éste la devuelva debidamente aceptada. En consecuencia, se trata de un título valor de contenido crediticio asociado a un contrato de compraventa a plazo (o con reserva de propiedad), siendo aplicables en general las reglas concernientes a la letra de cambio, salvo las disposiciones específicas contenidas en la ley.

Se señala que "su característica peculiar, consiste en la condición indispensable de una venta efectiva de mercaderías, que además deben ser entregadas real y materialmente al comprador, para que el título pueda ser emitido. La aceptación de la factura cambiaria, en ese sentido, importa prácticamente el pago de la

²⁰ GARCIA-CRUCES G. José Antonio, El contrato de Factoring, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 37

²¹ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, ob. cit.

²² GARCIA-CRUCES José Antonio, ob. cit., pág. 79

mercadería comprada y recibida." ²³ Claro que, no debe interpretarse como un pago en efectivo, sino como una figura de naturaleza crediticia expresada en un título valor que obliga al aceptante de la factura cambiaria y lo compromete a realizar el pago correspondiente en el plazo estipulado.

4.2. *El Forfaiting o forfetización*

Dentro de la modalidad denominada "Factoring de Exportación", se ha desarrollado la técnica de la forfetización "la cual supone la compra, sin recurso, hecha por un banco del país del exportador, de las letras de cambio aceptadas por el importador o de los pagarés otorgados por éste, previamente avalados por un banco de su país." ²⁴

Es preciso que el banco examine previamente la situación del potencial cliente, del país del importador, las seguridades jurídicas de los títulos de crédito y de la solvencia de la operación de comercio internacional, a fin de contar con la certeza requerida respecto a los eventuales riesgos financieros que una operación de esta naturaleza conlleva.

Descriptivamente, "la sociedad de factoring adquiere las facturas de sus sociedades adherentes en el país, a cargo de compradores extranjeros a los cuales han despachado una mercancía. Para un adecuado conocimiento del mercado extranjero las sociedades de factoring suelen establecer cadenas propias o con el concurso de corresponsales en otros países, con lo cual acumulan una vasta y completa información de compradores en distintos sectores económicos, respaldando en forma técnica la prestación del servicio y adquiriendo una posición más ventajosa que la que podría tener un productor individual para analizar y evaluar sus potenciales compradores." ²⁵

En la forfetización se estudia individualmente cada caso, según el tipo de negocio internacional, para satisfacer necesidades de financiamiento a mediano plazo con apoyo (aval o garantía de firma) de un banco que interviene en la operación.

²³ MORALES GUILLEN Carlos, ob. cit., pág. 732

²⁴ RODRIGUEZ AZUERO Sergio, ob. cit., pág. 514

²⁵ ibid