

CONTRATO FINANCIEROS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Por: Dr. HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE (*)

SUMILLA : 1. Concepto y significado de las condiciones de contratación. 2. Clases de condiciones generales. 3. Ventajas e inconvenientes de las cláusulas generales en los contratos bancarios, 4. El futuro de la protección del consumidor en el derecho bancario 5. ¿La finalidad de estas norma es la protección del usuario?

El derecho bancario y mercantil contemporáneo promueven que los organismos supervisores y reguladores del Sistema Financiero deben asegurar la protección de los depositantes en las transacciones que celebran con las diversas financieras frente a la posición generalmente predominante de los bancos. Una posición tradicional afirmaba que se debía efectuar a través del cauce de los usos y prácticas bancarias, inspirados casi de modo exclusivo en los intereses de la propia banca. A la clientela no le quedaba prácticamente otra opción que someterse a ellos. Usos y prácticas bancarias en los que de modo progresivo se han ido condensando las condiciones generales de la contratación bancaria, dictadas, en definitiva, por los propios bancos.

Ante dicha situación, han venido operando distintas fórmulas correctoras. En primer lugar, el principio dispositivo de muchas de las relaciones contractuales que la banca formaliza, está siendo sustituido por normas de obligatorio cumplimiento que fijan

preceptivamente el contenido de gran parte de esas relaciones.

En el ámbito particular de cada contrato, se deben precisar las facultades del banco, y permitir al cliente una efectiva tutela de sus intereses.

Desde la perspectiva global de lo que se califica como protección a la clientela y con el fin de amparar los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela. Se debe establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contratos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades

(*) Profesor Asociado de la Facultad.



propias de cada clase de operación. A tal efecto, determinar las cuestiones eventuales que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar de prever si consideramos la colaboración que con carácter general prestan en materia tributaria o cambiaría, así como para la realización de pagos o la apertura de depósitos.

La autoridad crediticia y monetaria establece la protección de los clientes de las entidades bancarias frente a las contingencias y situaciones de insolvencia o falta de liquidez por las que pudieran atravesar las instituciones financieras.

1.- CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE LAS CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN.

Federico de CASTRO Y BRAVO las define como "los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos sobre un determinado tipo de prestaciones que se propone celebrar".

Mediante tales condiciones se eliminan a priori los tratos previos entre los contratantes por cuanto uno de ellos (el empresario) "se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos". De esta forma, se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto, que se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación.

2.- CLASES DE CONDICIONES GENERALES.

1. De Castro propone la distinción entre

condiciones generales de la contratación y condiciones generales de los contratos en particular, distinción que radica, en que mientras éstas son sometidas a la firma del cliente aquellas no lo son y son consideradas como fuente de derechos objetivo.

2. En segundo lugar, se distingue entre condiciones generales establecidas por la Administración Pública y condiciones generales redactadas por particulares, pretendiendo que las primeras tendrían la consideración de fuente de Derecho Objetivo, en la medida en que podrían tener eficacia especial.
3. Distinción entre condiciones generales establecidas por un solo empresario y los impuestos por un grupo o asociación de empresarios. La distinción tiene trascendencia en el campo de la defensa de la libre competencia, porque en la medida en que a través de esas condiciones se impida, limite o falsee esa competencia, se podría incurrir en conductas prohibidas por las leyes de defensa de la competencia.

3.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS.

La necesidad de la utilización de estas condiciones responde a las exigencias de racionalización de una actividad contractual que, por el volumen adquirido, impide la elaboración y discusión individual de los contratos y que requiere uniformidad de contenidos en aras de un cálculo previo del riesgo asumido y la necesidad de cubrir las lagunas (totales o parciales) que el derecho positivo presenta, de cuyas condiciones derivan, según sus defensores, una serie de ventajas para sus destinatarios que pueden



Hernán Figueroa Bustamante

llegar a reflejarse incluso en el precio del producto o servicio a cuya prestación se aplican las condiciones.

La utilización de condiciones generales de la contratación puede y de hecho da lugar a abusos y desequilibrios en la contratación que afectan a la parte más débil de la relación contractual, (el consumidor), quien no siempre dispone de los medios necesarios para su defensa.

En la actividad bancaria, es evidente, que la utilización de condiciones generales de la contratación constituye una práctica habitual en el tráfico con la particularidad, además, de que entre las consideraciones utilizadas por las diversas entidades de crédito existe una gran homogeneidad.

Una homogeneidad intencionada o no, de portada, casual o concientemente paralela inevitable en ocasiones, pero homogeneidad en fin, que sin duda, incrementa el efecto propio de las condiciones generales al no poder el destinatario eludir, de hecho, su aplicación mediante el recurso de acudir a otra entidad.

Se señala el grado de concentración que ha adquirido la actividad bancaria, en la que en otros aspectos, se advierte una identidad de criterio para dar tratamiento a la forma y contenido de los negocios jurídicos bancarios en su relación con el público.

El empleo de las condiciones generales en la contratación bancaria se ha justificado en base a dos argumentos específicos que recoge, aunque no comparte, GARCIA – CRUCES.

Constituye un medio imprescindible de

autodefensa frente a los riesgos propios de la actividad bancaria. En este sentido, son un instrumento para evitar la incidencia negativa de posibles insolvencias en el patrimonio de la entidad de crédito y, por tanto su incidencia derivada en la economía nacional.

Permite al banco asegurar la recuperación del crédito concedido (y la obtención de un beneficio) a fin de respetar la integridad del ahorro, el cual aparece concebido como un bien colectivo.

Aunque parece justo reconocer al banco aquellos instrumentos jurídicos que le permitan asegurar la recuperación del crédito concedido y la obtención de beneficios, no es admisible que tales instrumentos, en su concreta utilización, eviten o reduzcan excesivamente, el patrimonio del deudor, siempre de un modo unilateral.

Al margen de las normas sobre interpretación proponemos la integración del régimen de las condiciones generales con otras normas derivadas del carácter contractual de las condiciones; así hay que entender que unas condiciones generales sólo podrán integrarse en un contrato en base a la voluntad de todos los contratantes, aunque en el caso del contratante débil sea, en feliz expresión de *DUQUE*, una voluntad “degradada”; y en esa misma línea, la modificación o el cambio de unas condiciones generales por el predisponente, sólo afectará, salvo pacto en contrario, a los futuros contratos y no a los ya celebrados.

Con independencia de la aplicación de normas concretas para integrar el régimen de las condiciones generales y sin desconocer la importancia y el valor de este recurso, con-



viene no olvidar las consideraciones que hace **DE CASTRO** en relación con lo que él denomina "límites inmanentes a la autonomía de la voluntad", consideraciones cuyo punto de partida radica en la superación de las diferencias clásicas entre el derecho imperativo y el derecho dispositivo.

DE CASTRO señala que, todo el Derecho dispositivo es derecho disponible o meramente supletorio; advierte este autor que dentro del derecho de obligaciones existen, entre otras normas las que establecen facultades y obligaciones.

La disciplina de las condiciones generales, tiene singular importancia por los mecanismos de control utilizados y la existencia de ciertas analogías entre los contratos de seguro y los contratos bancarios, sobre todo en lo que se refiere a la posición del que contrata con la empresa aseguradora o con la entidad financiera.

En este sentido, la entidad bancaria es objeto de control por el poder público, buscando fundamentalmente la garantía de la solvencia de la empresa. Un control que se extiende a las actividades contractuales, habitualmente realizadas en ambos casos por medio de condiciones generales, y controlada a través de una intervención administrativa de diverso alcance.

En el control que se ejerce sobre las condiciones generales de los contratos bancarios, debe primar el control de la solvencia de las compañías sobre el relacionado al contenido del contrato, La Ley Española del Contrato de Seguro de 1980 ha colmado esa laguna, con más aciertos que errores, marcando un camino que debería seguirse en particular y en general con todos aquellos contra-

tos en los que se utilicen condiciones generales.

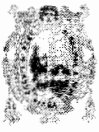
La actividad crediticia es privada en modo alguno puede ser considerada como propia de la administración, o de quien actúa en su nombre. Podrá estar minuciosamente regulada por aquellas y también sometida a toda clase de controles. La extensión o ampliación de una determinada actividad fiscalizada determina sus alcances, incluso dicha actividad no pueda ejercitarse sin la correspondiente autorización administrativa, pero ello lo que en modo alguno desconoce su carácter privado.

4.- EL FUTURO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO BANCARIO.

La nueva sociedad está caracterizada por la existencia de grandes centros urbanos que requieren ser abastecidos de inmensas cantidades de bienes y servicios. Allí irrumpe la gran empresa entre ellas las empresas bancarias y financieras con un esquema negocial previamente definido y estandarizado.

En la etapa de formación del contrato: se podrían establecer normas de índole imperativa, de esta manera se impediría el carácter ilícito o abusivo de muchos pactos, como las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad, las que limitan las garantías, las que invierten la carga de la prueba o acortan plazos de prescripción, o acomodar un lugar de competencia para solucionar ciertos conflictos, determinando el lugar del pago o del cumplimiento de la obligación.

Otra alternativa sería la sanción de invalidez de la cláusula que deberá operar de pleno derecho, sin exigir su declaración judicial por cuanto ello equivaldría a desprote-



Hernán Figueroa Bustamante

ger notoriamente al adherente.

Teniendo en cuenta que en estos contratos el consentimiento se produce en forma diferente. Como paso previo a la formación del contrato debería pesar sobre la empresa un deber de información, consistente en suministrar al consumidor un detalle veraz y completo sobre precios, calidad, cantidad, composición, características y condiciones, contenido de éste.

Puesto que se trata de la protección del consumidor frente a la contratación bancaria, parece adecuado centrar esta exposición en torno a la utilización de condiciones generales en esa contratación, como fenómeno característico de nuestro tiempo en toda la actividad contractual y en la bancaria en particular y como manifestación paradigmática de la situación de indiferencia en la que suele encontrarse el usuario de servicios bancarios. No quiere ello decir, que se agoten así los temas referentes a la protección del consumidor en cláusulas generales relacionadas con la contratación, están también, por ejemplo, los problemas sobre publicidad o información que, de algún modo forman parte de la oferta contractual. Pero también es evidente que los problemas más representativos se suscitan en torno a las condiciones generales de la contratación.

La Ley Francesa de enero de 1978 se ocupa de estas materias en los siguientes puntos: obliga a proporcionar al usuario una información lo más completa posible sobre los mecanismos de crédito, su duración y condiciones, derechos y obligaciones. Obliga a hacer recapacitar al usuario sobre la seducción que frente a él ejerce la posibilidad de consumir, sin efectuar desembolso inicial o elevado, incluso ningún desembolso. Ade-

más del arrepentimiento, se establece un plazo de reflexión entre la oferta y aceptación inmodificable para obligarlo a la reflexión; finalmente otorga la mayor protección posible en cuanto al contenido del contrato.

La misma Ley Francesa para proteger y conservar el rigor cambiario y la jurídica del consumidor, prohíbe la letra de cambio y los títulos valores similares en las ventas a crédito a los consumidores, con la finalidad de mantener la obligación unida a su causa, para que el incumplimiento no quede impune por la circulación del título valor.

Otras formas de venta que reclaman protección del legislador son las ventas por correo, las ventas de productos enviados sin petición previa de reglamentación en diferentes países.

Las entidades de crédito deben comunicar a las autoridades administrativas encargadas de su control y para conocer a su clientela cualquier condición relativa a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o se dé a conocer su modificación.

Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad y pudiendo establecer, entre ellas el régimen de previa autorización.

Un segundo grupo de normas lo constituyen las que se refieren a la documentación contractual o materialización de los contratos. De esta manera puramente descriptiva,



hay que señalar, que de acuerdo con estos preceptos, a solicitud del cliente, las entidades de crédito deben hacerle entrega del documento contractual en el que se formalice la operación suscrita.

5.- ¿LA FINALIDAD DE ESTAS NORMAS ES LA PROTECCIÓN DEL USUARIO?

El objetivo de estas normas es incrementar y mejorar la información que deben proporcionar las entidades de crédito como contrapeso del proceso de liberalización del sistema financiero y la consiguiente desaparición de los controles sobre determinados aspectos (intereses, comisiones, etc.) de la actividad de los bancos. Una información importante para los clientes, así como y sobre todo para la "autoridad supervisora" con fines que no son exclusivamente los relativos a la protección de los clientes.

Sobre la disciplina e intervención de las entidades de crédito propone, como instrumento para paliar la falta de conocimiento sobre la solvencia de las entidades de crédito por parte de sus clientes, la supervisión de las instituciones (de crédito) mediante mecanismos que tienden a facilitar a la autoridad supervisora una completa información sobre la situación y evolución de las entidades financieras.

Estos mecanismos se completan con normas tendientes a limitar o prohibir aquellas prácticas u operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez y a reforzar los recursos propios con que puede mantener esos riesgos evitando perjuicios para los depositantes.

Produce efectos reflejos en el ámbito de la tutela del consumidor de servicios bancarios españoles que no pueden ser negados, en particular, su información precontractual y

su documentación contractual que deben ser notoriamente incrementadas. Por una parte, el hecho de que sólo se establezcan vías de índole jurídico – público en orden de que se haga caso omiso de la cada vez más amplia y tuitiva disciplina de las relaciones jurídicas establecidas entre la entidad financiera y los consumidores de sus servicios de crédito.

Pueden observarse otros detalles en el contenido de esta normatividad que ponen de manifiesto el hecho de que su finalidad preferente es la información como mecanismo de control de las instituciones de crédito más que como defensa del cliente, aunque no se excluya.

Que los contratos se formalicen por escrito y que los mismos reflejan de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación". Sólo se exige la entrega al cliente del correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice su operación, cuando lo solicite éste o, en todo caso, en número muy limitado en operaciones. Adviértase que la formalización por escrito no es obligatoria en todos los casos y, aún más, que, a mi juicio, no es lo mismo la formalización por escrito un contrato que la entrega del correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice la operación. La expresión es ambigua e imprecisa y, desde luego, no garantiza que en ese documento se contengan todas y cada una de las condiciones por las que se rige el contrato.

Se especifican los extremos que deberán recoger los documentos contractuales relativos a operaciones activas y pasivas en las



Hernán Figueroa Bustamante

que intervengan el tiempo, el contenido del contrato; constituyen únicamente, la información con la que se trata de sustituir el control que sobre las entidades de crédito existía antes del proceso de liberalización.

Con esto no se quiere afirmar que esa información no constituya un valioso instrumento de defensa para el consumidor. Lo es, pero no es suficiente porque quedan sin atender muchos otros aspectos de esa protección de los consumidores y se corre el riesgo de que esas normas se conviertan en coartada para no regular la materia en su integridad.

Las relaciones bancarias se originan en el ámbito del derecho privado, mediante la suscripción o firma por parte del cliente de los documentos contractuales elaborados generalmente por las entidades como sujetos de derecho privado. La competencia que por Ley corresponde para determinar la correcta interpretación y alcance de estas relaciones jurídico – privadas. La labor que se realiza mediante la consideración de esas relaciones jurídico – privadas – sin poder enterrarlas o interpretarlas, a fin de comprobar si la actuación de la entidad quebrantó o no la normatividad de disciplina bancaria, o si se ajustó o no a las exigencias de los usos y buenas prácticas de esa naturaleza.

Las buenas prácticas bancarias son una serie de criterios, actitudes o formas de proceder que este servicio ha estimado correctas y que en cierta medida pueden ayudar a ir perfilando al armonía que debe presidir toda relación bancaria. Se trata, de criterios que, aunque recogidos con carácter de mayor o menor generalidad, que han definido a través de reclamaciones por hechos concretos.

“*Buenas prácticas y usos bancarios*” sólo podrían referirse a cuestiones relacionadas con la aplicación de normas de disciplina, pero no con normas de derecho privado, cuya aplicación no es competencia de la SBS, como él mismo reconoce.

Como criterio general se ha entendido que la actuación de las entidades era correcta cuando se ajustaba a las condiciones y términos pactados en los correspondientes contratos. Muchas operaciones bancarias carecen de regulación legal específica, razón por la que el alcance de los derechos y obligaciones de las partes intervinientes quedan definidos, exclusivamente, en el documento contractual suscrito. Si bien la actuación de las entidades se ha de analizar bajo el prisma de principios ya enunciados (confianza y buena fe, claridad y transparencia, prudencia y diligencia) resulta lógico que el marco de esa actuación esté definido por el propio contrato que, conforme a la legislación vigente, tiene fuerza de ley entre las partes.

A la entidad le es exigible que actúe con la máxima prudencia y diligencia en el ejercicio de la gestión encomendada, pero no se estimaría correcto ni lícito pretender repercutir las consecuencias que derivan de actos y omisiones que exceden de los límites naturales de dicha gestión.

En relación con la cancelación unilateral de cuentas corrientes, indica la doctrina que habiéndose pactado en el correspondiente documento contractual y siempre que concurra una causa objetiva y justa que justifique su decisión, la entidad estará legitimada para extinguir la relación existente.

Los organismos cumplen una interesante y eficaz labor en el campo de la defensa de



los usuarios de las entidades de crédito. Aunque sus disposiciones no son vinculantes, de hecho son generalmente aceptadas, no sólo por las entidades de crédito para resolver extrajudicialmente las diferencias con sus clientes, sino por los propios clientes, porque constituyen un procedimiento más rápido y barato que el judicial.

Sería deseable que se perfeccione a la SBS y que se aproximase a un sistema arbitral o se convirtiese en una instancia dentro de ese sistema, las normas reguladoras del SBS sobre todo en lo que se refiere a su competencia, evitando, por ejemplo, la ambigüedad y la inseguridad que deriva de la imprecisión de conceptos tan importantes como el de buenas prácticas bancarias o la indefinición de la relación entre las actuaciones de los tribunales y otros organismos.

En relación con unas normas cuya finalidad primordial no era la protección de los consumidores, sino un control más general de las entidades bancarias, control concebido como contrapeso al proceso de liberalización, sería oportuno que la SBS consolide su intervención en lo que respecta a la protección de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, Ricardo. Derecho Comunitario Europeo, Editorial Civitas. Madrid. 1992.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles. Editorial Temis. Bogotá. 1993.
- BOTANAAGRA, Manuel. Reglas Comunitarias y Entidades de Crédito. Editorial Civitas Madrid. 1993.
- DE CASTRO, y BRAVO Federico. Tratado de Derecho Civil Teórico y Práctica. Editorial Tecnos Madrid. 1978.
- DUQUE DOMINGUEZ, Justino. Derecho Comunitario. Editorial Civitas Madrid. 1994.
- CUÑADO, Vicente. Fuentes de la Contratación Bancaria. Editorial Civitas Madrid. 1994.
- GALANCORONA, EDUARDO: La protección a la clientela. Editorial Tecnos Madrid. 1994.
- MARTÍN RE TORTILLO, Sebastian. Derecho Administrativo Económico. Editorial Civitas Madrid. 1995.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Editorial Rubinzal Culzoni Buenos Aires 1994.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando. La Protección a los Consumidores. Editorial Tecnos. Madrid. 1993.
- STIGLITZ, Gabriel. La Protección Jurídica del Consumidor. Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires. 1992.