

*La regulación del mercado
financiero y el
Derecho Bancario*

Juan José Blossiers*

Lex

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postgrado en Pedagogía Universitaria por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho Bancario Financiero y Empresarial. Premio de la Interamericana Bar Association-USA .



Mazamorreros.

“Hay una mejor manera de hacer las cosas, encuéntrala.”

Edison

PRESENTACIÓN DE LA MATERIA

Para el estudio del Derecho Bancario es menester identificar previamente la existencia de unas instituciones denominadas “bancos”, sobre las que existen informaciones detalladas y precisas de su evolución y antecedentes históricos.

El valor de estas informaciones es el reconocimiento de algunos antecedentes que resultan esenciales para poder estudiar y comprender los distintos contratos e instituciones bancarias contemporáneos, así como documentos, los títulos e instrumentos utilizados con mayor frecuencia en esta actividad.

1.- HISTORIA DEL SURGIMIENTO DE LOS BANCOS

Las investigaciones históricas han permitido constatar ejemplos de actividades que hoy pueden considerarse bancarias y que se practicaban desde épocas muy antiguas. Sostienen los investigadores que ya en Mesopotamia se encuentran rastros que permiten concluir que los sacerdotes recibían dones y ofrendas y prestaban parte a los esclavos y a los prisioneros. Igualmente, se cita como antecedentes muy importante el conocido

Código de Hammurabi en Babilonia, del cual se infiere que las actividades comerciales eran desarrolladas tanto por sacerdotes como por laicos y, más aun, las que podríamos llamar “bancarias”, habían adquirido tanta importancia que merecieron una cuidadosa y detallada regulación.

En la antigua Grecia, las labores de los “trapezitas” (prestamistas), y de los “colubitas” (cambistas), eran bastante frecuentes. Entre ellas se debe destacar, como antecedentes del seguro marítimo, los “préstamos a la gruesa”, consistentes en que el prestatario devolvía la suma recibida del banquero solo cuando la mercadería llegaba completa y a salvo a puerto.

En Roma, ya aparecieron los “Humulari”, cambistas, y los “argentari”, propiamente banqueros. Como en Grecia, los romanos desarrollaban una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus clientes, liquidación de herencias por el sistema de remate, entrega de dinero a interés, testificación de contratos, recepción de depósitos, etc. A lo que puede agregarse el sistema contable, cuya evolución fue particularmente destacada.

En la época de las Cruzadas el intercambio y la comunicación fueron necesarios para

quienes se desplazaban en ellas y requerían remitir dinero a sus lugares de origen, presentándose un florecimiento de la actividad comercial y, por ende, de la bancaria.

Existieron peculiares sistemas de protección y seguridad la custodia especies preciosas contra la entrega de un certificado en que constaba su recibo. Su posesión habilitaba a que el titular del depósito transfiera el documento a un tercero para que este procediera a pedir la entrega de los bienes o a negociar el título con otra persona. Todo esto permitió una utilización, por parte de los tenedores, de los certificados como instrumento de cambio, y de los depositarios, de los bienes recibidos como base para conceder un crédito.

Con el descubrimiento del Nuevo Mundo, la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para la operaciones de préstamo, la banca se configuró con características modernas, destacando la presencia del billete como forma monetaria no vinculado a los bienes en depósito, ni emitido un beneficiario particular, sino expedido al portador, transferible por simple entrega y con la función principal de ser un instrumento cambiado.

La banca contemporánea se caracteriza por integrarse dentro de un sistema que, como veremos, suele tener a su cabeza un banco central y está regido por normas particulares estrictas.

Aparece así el concepto de moneda metálica, elaborada en metales preciosos y de demanda general, todos con diversas dificultades derivadas de la variabilidad en su valor.

Surge como consecuencia de lo anterior el concepto de un sistema monetario en el cual las disposiciones legales regulan la fabricación y circulación de la moneda y suelen referirla a un patrón, moneda propiamente o metal precioso, que sirve de comparación a las demás y de base al sistema. El más conocido en la actualidad es el patrón oro, que la relación entre la moneda de cada país y la cantidad de oro que posee el emitente y que sirve de respaldo a la emisión de los billetes.

La recopilación sintética de la historia de la moneda y de la banca, sirve para sustentar el concepto de la banca y la explicación sobre su razón de ser y su vocación de permanencia y reconocer también que el mundo gira en torno a un sistema monetizado que no subsistiría con eficiencia, sin la presencia de los bancos como administradores de los recursos monetarios.

A partir de todo ello puede afirmarse que la actividad bancaria es universal, en el sentido de que cualquiera que sea el sistema político adoptado en un Estado y si la organización económica se sustenta en un esquema monetizado, tendrá que existir obligatoriamente la banca y utilizarse las operaciones que le son propias.

2.- CONCEPTO DE DERECHO BANCARIO

En este punto corresponde entrar en el análisis del concepto de Derecho Bancario, su contenido y las materias que regula.

La mayoría de los autores opinan que el Derecho Bancario no es una parte autónoma del Derecho, en el sentido que sus principios resulten peculiares y excepcionales frente a

otras ramas, que puede considerárselos científicamente como independientes. Porque bajo el acápite de Derecho Bancario se estudia todo un conjunto de normas que tocan con varias ramas del Derecho y que se agrupan simplemente, desde el punto de vista académico o didáctico, para analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control.

Surge aquí una disquisición sobre si el Derecho Bancario se refiere solo a actividades reguladas por el Derecho Privado, o por normas del Derecho Público como en algunos países que implicaría una discrepancia fundamental en la formulación de los principios y en la determinación de las conclusiones.

a) Derecho Público Bancario

En principio, la actividad bancaria ha pasado de ser una simple actividad privada, sometida a la libre iniciativa de los particulares, a convertirse en una función propia del Estado el cual la regula de manera particular. En algunos países se ha nacionalizado de manera que el servicio bancario solo pueda ser prestado por el Estado, sin embargo en otros estas actividad es realizada por el estado y por los particulares paralelamente sometiendo su ejercicio a las más estrictas normas, tanto para el nacimiento de las personas jurídicas que tienen por objeto el desarrollo de actividades bancarias, como para la realización de estas mismas, en la medida en que deben someterse a los parámetros, instrucciones y restricciones que suelen imponer, el legislador común o un organismo especializado, con facultades que le pertenecen.

Teniendo en cuenta la importancia de los servicios bancarios, la prestación masiva de los mismos y la necesidad evidente con que son demandados por los particulares, muchas legislaciones y aún Cartas Fundamentales han considerado que el servicio bancario es un servicio público, de aquellos que obedecen a la necesidad general de la comunidad que debe ser satisfecha forzosamente y de cuya utilización no puede prescindirse. De manera que, aun en los casos en que la legislación reconozca que es una actividad privada, ello solo conduciría, para quienes aceptan esta tesis, a que se trate de un servicio público prestado por los particulares. En esta forma, como servicio público y por esa sola circunstancia, suele ser susceptible de una rígida intervención estatal dirigida a ordenarlo, a regular sus

Las restricciones usualmente impuestas a las actividades bancarias pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.- LA AUTORIZACIÓN PREVIA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES BANCARIAS

El Estado en la concede, de manera discrecional, el permiso para que los particulares puedan iniciar la prestación de los servicios correspondientes mientras no se trate de una banca nacionalizada, es decir que exista la posibilidad para los particulares, aun por vía excepcional, de prestar directamente dicho servicio.

2. - SUPERVISIÓN

El Estado impone obligaciones a los particulares como las de suministrar informes

periódicos y detallados, posibilidad de realizar visitas, normas sobre constitución de reservas, determinadas relaciones entre su capital y sus pasivos, congelación de parte de las sumas disponibles destinándolas a ciertas inversiones forzosas, canalización del crédito, etc.

3. -SANCIONES.

El Estado tiene la facultad aplicar sanciones diversas sanciones a las entidades bancarias, inclusive las más drásticas como la toma de posesión del establecimiento.

b) Derecho Privado Bancario

El Derecho Privado Bancario regula el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca y su clientela. Es decir controla los contratos celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes, en este campo es que el Derecho Bancario forma parte del Derecho Mercantil aquí se enmarca la materia objeto de nuestro estudio. Pese a observar que para la mayoría de los autores el Derecho Bancario no es en realidad un derecho autónomo, ni lo es, por ende, el Derecho Privado Bancario respecto al Derecho Comercial, ello tampoco significa que no tenga algunos principios particulares comunes con los del Derecho Mercantil, pero comprende también otras, especiales y peculiares características entendibles dentro del marco técnico-económico en que se desarrollan las operaciones bancarias.

Entre las fuentes del Derecho Privado Bancario debe destacarse la costumbre entre las entidades bancarias y sus clientes, de manera que dentro de la evolución en esta materia, antes que disposiciones legales tipifi-

cadoras de los contratos se han celebrado contratos innominados cuyas principales cláusulas, producto de una decantación y resultado de la actividad profesional, se recogen en las llamadas condiciones o reglamentos generales de las instituciones bancarias.

4.- OBJETO DE ESTUDIO

Tras determinar que el concepto de Derecho Bancario contiene normas tanto de Derecho Público como de Derecho Privado y dejando por fuera todas las disposiciones que, vinculadas con el tema, regulan aspectos, tales como la contabilidad bancaria, la fiscalización de los bancos, etc., tenemos que un estudio sistemático de la materia implicaría tratar por lo menos los siguientes tres aspectos:

a) El sistema bancario, comprendiendo en este estudio la totalidad de entidades que intervienen en relación con las operaciones bancarias, incluyendo las que las regulan y controlan.

b) Las operaciones de las entidades bancarias, cubriendo a la totalidad de los intermediarios financieros, mediante el estudio técnico-jurídico de dichas operaciones. Analizando los contratos de los que deriven las operaciones en el desarrollo técnico de las operaciones.

c) Los bienes u objetos de las operaciones que en esa materia estarían constituidos por el dinero y los títulos, la emisión de bonos u obligaciones.

5.- EL SISTEMA BANCARIO

Es el conjunto de autoridades, entidades e instituciones que señalan las normas, realizan

y controlan las intermediación en el crédito. Se trata de tres estamentos con funciones distintas, íntimamente relacionados, en el sentido de estar integrado por una o más autoridades, cuyo conjunto conformaría el denominado sistema bancario financiero.

Por tanto, dentro del Sistema Bancario, el Estado posee Entidades que tienen una facultad reguladora que implica una regulación estricta de las operaciones bancarias, se sustenta en los principios de la llamada soberanía monetaria. Excepcionalmente, la realización de las actividades en forma privada, pero siempre sometidas a una estricta regulación y a un severo control. Dicha regulación puede resultar de normas dictadas por una entidad especializada, autorizada, desde luego, por la ley y cuyas disposiciones se enderezan a cumplir tal finalidad o al manejo monetario que, por supuesto, incide en forma definitiva en el ejercicio y aplicación de las funciones bancarias. Aquí se asignan facultades de control a la Banca Central, a la Superintendencia de Banca y Seguros o en forma directa por el Ministerio de Finanzas.

6.- EL BANCO CENTRAL

Es un organismo superior, regulador y coordinador de las actividades y funciones propias de los demás bancos. Ello desde luego, no requiere mayor sustentación, se advierte la que hemos reconocido como tendencia contemporánea en esta materia.

Desde que la noción del Banco Central se impuso, son diversas las funciones que a él se le han encomendado y que reflejan, si se adecuan bien, una respuesta a las distintas cir-

cunstancias del mundo económico nacional e internacional. En este último, los sistemas de manejo monetario se sustentan en la existencia en cada país de un Banco central habilitado para cumplir los acuerdos, desarrollar las políticas y mantener las líneas de decisión acordadas a nivel internacional.

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

Funciones

a) Dictar normas en materia de moneda, crédito, cambios y comercio exterior. Estas funciones, que como acabamos de decirlo, pueden o no ser ejercidas directamente por un Banco Central, pero que corresponden en todo caso a la idea y noción de banca central, se explican ante la dificultad con que la ley puede reglar situaciones cambiantes y dinámicas, cuya regulación debe adecuarse a las nue-

vas circunstancias en forma rápida para obtener un resultado eficiente. En otras palabras, que dados los mecanismos tradicionales que deben emplearse para expedir la ley por el legislador ordinario, es casi imposible que la misma pueda ajustarse en la forma ágil que las circunstancias económicas requieren, en especial porque en estas materias de moneda, cambio o comercio exterior, ellas suelen presentarse sin previo aviso.

Las funciones principales en este aspecto dicen en verdad con las materias de moneda y crédito y dentro de ellas pueden enumerarse, a menor de ejemplo el señalamiento de cupos de crédito que puedan ser utilizados por los bancos, la fijación de tasas de interés, tanto para estas operaciones como para las de descuento o las mismas operaciones activas de los bancos; el señalamiento de encajes o de reservas que deben mantener los bancos respecto a los pasivos captados; el establecimiento de inversiones forzosas o la obligatoriedad de colocar determinados porcentajes de los recursos en cierto tipo de préstamos que corresponden a la atención de sectores prioritarios, en el sentido de las autoridades; el establecimiento de relaciones porcentuales entre el capital y la reserva y el total de los pasivos que pueden contraer las entidades.

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

permisible para la emisión de dichas especies monetaria, estableciendo, que los billetes sólo pueden ser emitidos por adquisición de oro, si este es el patrón monetario del país, o por compra de divisas; señalando un conjunto de condiciones que garanticen la independencia del Banco Central en relación con el Ejecutivo.

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

d) Ser banquero del gobierno y agente fiscal suyo. Así como presta servicios a los bancos comerciales lo hace también con el gobierno, en todas las posibilidades que hemos contemplado, de la cual la más importante es ser su prestamista, en lo que hace relación con las operaciones típicamente bancarias. Ahora bien, para conciliar este aspecto con el de la emisión de moneda, existen también rígidas disposiciones tendientes a evitar un endeudamiento excesivo por parte del Gobierno. Para ello se aplica usualmente un principio, según el cual las sumas prestadas al Gobierno deben corresponder o satisfacer, de manera exclusiva,

necesidades transitorias de tesorería, guardando una relación directa con los ingresos corrientes del Estado y constituyendo tan solo un avance en relación con los ingresos.

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

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

6.- CLASIFICACIÓN DE LOS BANCOS

Concepto: La expresión intermediarios puede tenerse como sinónima de intermediarios bancarios, si la expresión banco se toma en un sentido amplio, o puede comprender tanto los bancos como otros intermediarios diferentes, si la palabra bancos se toma en un sentido restringido.

Se puede afirmar que los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y

transferidos a los sectores productivos de la actividad económica. Como se ha mencionado el estudio de los bancos y las operaciones bancarias suele sustentarse en las operaciones de crédito que ellos celebran, es decir, en su función intermediadora como captadores y colocadores de recursos, queremos insistir en que ellos no son nada distinto del producto de una economía monetizada que precisa de agentes idóneos para manejar la moneda y que, en consecuencia, como sus administradores, y por esa sola circunstancia, están en condiciones de realizar las operaciones de crédito que se derivan de la mayor o menor disponibilidad de los dineros en su poder.

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

En un sentido amplio el estudio de los intermediarios financieros comprendería, por ejemplo, a las compañías de seguros, las cuales captan recursos en el mercado y los colocan a través de operaciones de inversión bien delimitadas por la ley, o a las sociedades de capitalización que algunos países reconocen como bancos de capitalización e, incluso, las entidades parafinancieras llamadas en ciertos países auxiliares del crédito, como las bolsas de valores, que si son en realidad intermediarios, en el sentido que captan y coloquen recursos directamente, sí lo son entre los detentadores de títulos y los de capital. Igual sucedería con los almacenes generales de

depósitos los cuales, a través de los títulos típicos que emiten, el certificado de depósito y el bono de prenda.

Las instituciones financieras: Existen diversos criterios para clasificar a los bancos, bien por las operaciones que realizan, ya por el contenido económico-político de su actividad, ora por las relaciones entre sus operaciones y un determinado sector de la actividad económica. En últimas, las clasificaciones, si se quiere, son un resultado de los distintos criterios.

Para nosotros, sin embargo, existe un aspecto fundamental que permite distinguir técnicamente a un banco de otro y es la posición peculiar que adopta como intermediario y que se traduce en la utilización de un instrumento típico de captación o colocación de recursos o de ambas cosas. Criterio que es válido también para distinguir a todos los intermediarios financieros entre sí. Por consiguiente, solo en la medida en que se utilice un instrumento distinto y particular puede justificarse, en nuestro sentir, una calificación individual de un banco con respecto a los demás. Por ello encontramos que existen clasificaciones de los bancos que obedecen a este criterio, que podríamos llamar principal, mientras otras obedecen a criterios secundarios o accesorios en relación con éste.

Esta distinción tiene pleno sentido en los sistemas financieros en los cuales se reconoce la especialización de la banca, esto es, se asignan funciones diversas a distintos intermediarios crediticios. Sin embargo, reviste una importancia reducida en los países en los cuales se ha adoptado el sistema de la banca múltiple o polifuncional, en los cuales, dotados

los bancos de una especie de cláusula general de competencia, puedan realizar prácticamente, todas las actividades propias de los diversos bancos en los sistemas especializados, con las solas restricciones que les imponga la ley.

Veamos, algunas clases de bancos de acuerdo con el criterio expuesto.

Comerciales o de depósito

Por bancos comerciales debemos entender aquellas intermediarios financieros que captan recursos del mercado, especialmente a través de los depósitos bancarios y que los utilizan junto con su propio capital y reservas, para hacer préstamos en principio a corto plazo, a través de contratos de mutuo o de descuento. Sirven así las necesidades de caja o de tesorería de los comerciantes y atienden los requerimientos de recursos de los particulares para gastos de consumo ordinario.

Financieros o de inversión

Son bancos, incluso no llamados así en todos los países, pues reciben también el nombre de sociedades o corporaciones financieras que captan recursos valiéndose de depósitos o préstamos a mediano y largo plazo, así como de emisión de bonos u obligaciones y que colocan dichos recursos, junto con su propio capital, en operaciones a mediano largo plazo que pueden consistir, no solo en la concesión de créditos sino traducirse en inversiones de capital en determinadas empresas. Como se ve, y a diferencia de los anteriores cumplen la función de dar crédito para comprar aquellos activos de las empresas cuyo elevado costo y lenta amortización no permiten financiarlos

con recurso a corto plazo. Se trata pues de un crédito preferencialmente para la industria, con instrumentos peculiares de captación, emisión de obligaciones y de colocación, inversión en los capita

Hipotecarios

Los bancos de crédito hipotecario muy desarrollados en América Latina, se caracterizan por captar sus recursos a través de la emisión de títulos llamados cédulas y bonos hipotecarios, los cuales tendremos ocasión de analizar al estudiar el contrato de emisión de obligaciones y otros títulos, títulos generalmente respaldados por los créditos constituidos a su favor. Estos bancos colocan dichos recursos junto con su capital y reservas en operaciones de crédito para la construcción de vivienda, casi sin excepción y contra la garantía de una hipoteca constituida sobre el mismo bien construido o comprado. Atienden entonces un sector específico de la actividad económica y buscan satisfacer una necesidad primaria, particularmente sentida en América.

De ahorro

Los bancos o cajas de este nombre recogen los pequeños ahorros de la comunidad, a través del contrato de depósito en cuenta de ahorro, caracterizado por la entrega de un título probatorio, generalmente una libreta de ahorros, o por la emisión de bonos o estampillas de ahorro. Destinan los recursos captados bien en inversiones en renglones particularmente seguros, mas que rentables en la mayoría de los casos, o en préstamos a los mismos depositantes tanto a corto, como a mediano y largo plazo, aun para adquisición de vivienda,

en ciertos sistemas donde existe el denominado ahorro contractual.

De capitalización

En cuanto se trate de una función asignada a un banco, lo que no es obvio en toda América Latina, los bancos de capitalización utilizan como instrumento de captación el denominado contrato de capitalización, en negocio que, como su nombre lo indica, está encaminado a permitir la formación de un capital a través del ahorro permanente y constante o mediante el pago de una suma única, modalidad en verdad excepcional. Los recursos así obtenidos se destinan por los bancos o sociedades de capitalización, a constituir reservas técnicas destinadas a poder garantizar el reembolso de los capitales los que, a su turno, se invierten en activos líquidos y seguros.

Otras clasificaciones que podríamos llamar secundarias, no porque sean menos importantes sino porque no corresponden al criterio central de distinción que mencionamos, pueden ser las siguientes:

Nacionales y extranjeros

Los bancos se clasifican en una forma u otra según su domicilio que suele reflejarse en la integración de la capital por accionistas nacionales o extranjeros. Esto no incide en las posibilidades de operación, de tal manera que, si de bancos comerciales se trata, utilizarán los mismos instrumentos de captación y colocación. Desde luego, es preciso tener en cuenta que, por factores de política interna, es posible que a los bancos extranjeros se les limiten algunas posibilidades de manera que, por ejemplo, no puedan captar ahorro interno o que tengan que restringir el

marco de sus actividades a la celebración de operaciones de comercio exterior o cualquiera otra limitación similar.

Públicos y privados

La clasificación que distingue entre unos y otros bancos con este calificativo, obedece a que el banco sea público y lo será siempre que la banca esté nacionalizada o sea privado, donde exista la posibilidad de que el capital utilizado en su formación, su dirección, etc. esté en manos de los particulares. En los países y son muchos donde coexisten unos y otros, es bueno advertir que la razón filosófica que justifica la existencia de los bancos públicos parece ser la de enderezar sus actividades hacia el fomento o atención de determinados sectores que, por merecer una particular protección del Estado o no ser susceptibles de un servicio eficaz dentro de las leyes del mercado corriente susceptibles de un servicio eficaz dentro de las leyes del mercado corriente, se ponen en manos de organismos estatales para que los atiendan. De Crédito Sectorial: agrícola, ganadero, minero

Y aun podrían mencionarse otros sectores, porque apenas hemos querido indicar con esta clasificación aquella que deriva del sector específico atendido por un banco determinado, sin que de suyo la atención del sector implique la utilización de mecanismos distintos de los que emplearían sus colegas para atender la cliente corriente. Desde luego, según las necesidades de un sector u otro, el crédito será a un plazo u otro, se exigirán distintas garantías, pero en último y por regla general, los mecanismos de captación y colocación serán los mismos.

Una última anotación, que hubiese podido ser la primera, consiste en reiterar que en la mayor parte de los países las posibilidades concretas de los bancos no se limitan a revertir una de las formas específicas que hemos mencionado, sino que a veces, por ejemplo, los bancos comerciales están autorizados, además para captar ahorros a través de una sección específica o realizar operaciones de fideicomiso o de encargos de confianza por medio de una sección fiduciaria o, incluso, autorizados para prestar el servicio de crédito hipotecario mediante la apertura y mantenimiento de una sección para tal finalidad. Por ello podemos estudiar un sinnúmero de contratos que corresponden a la posición polifacética que los bancos suelen adoptar en América Latina y que, alejándolos de un criterio de especialización específica,

Bancos cooperativos

Esta clasificación obedece a la circunstancia de que su estructura de recursos se levanta a partir de asociaciones cooperativas o mutuales, en las cuales se supone que el esfuerzo colectivo de los asociados no solo contribuye a la consecución de los fondos recibidos por la entidad sino que, a su turno, son estos asociados los que en primer término, cuando no exclusivamente, tienen derecho a recibir crédito o a utilizar los distintos servicios financieros que ellos puedan prestar.

7.- OPERACIONES BANCARIAS.-

Se trata de estudiar las distintas operaciones que pueden realizar los bancos y analizar si es posible lograr una abstracción conceptual que permita definir a través de sus elementos

comunes, o por lo menos, si existe un concepto fundamental a partir del cual puedan identificarse y diferenciarse.

Noción

En América Latina, la definición del profesor Joaquín Rodríguez ha tomado mucha aceptación, afirma que la operación bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa bancaria en masa y con carácter profesional. Sin embargo, son múltiples las definiciones que pueden consultarse en los autores y diversas las soluciones que se han impartido en esta materia.

El punto de partida, aún cuando parezca simplista, se sostiene en dos premisas; para calificar a una operación bancaria es preciso utilizar por fuerza un criterio subjetivo, es decir, reconocer la presencia de un banco en uno de los extremos. Pero, además, tratar de buscar una definición genérica implica identificar las funciones asignadas a los bancos en distintas épocas, para poder, en forma empírica, indagar por el contenido de las mismas. Ahora bien, si hemos sostenido que históricamente la banca encuentra su razón de ser en el manejo de una economía monetizada; es decir, en la administración y creación de especies monetarias, no es difícil entonces ubicar al banco como un intermediario en el manejo de capitales, por cuanto la administración de los mismos lejos de ser estática es eminente.

Así las cosas, el banco como comerciante derivará su lucro de la diferencia existen entre los costos que debe pagar por la obtención de los recursos o que debe asumir en la administración de los mismos y el precio que recibe por su colo-

cación en manos de terceros. Desde luego, si como sucede en muchos países, esta operación intermediadora se encuentra calificada como acto objetivo de comercio y es susceptible de ser realizada por los particulares, la calificación de bancaria tendrá que sustentarse exclusivamente en la intervención de un banco, es decir, en un criterio subjetivo como lo mencionamos.

De lo anterior surge que, en principio, las operaciones bancarias son o implican la realización de una operación o mejor de un negocio de crédito caracterizado por ser una transmisión actual de la propiedad sobre una cosa, de una persona a otra, con cargo para esta última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente de la misma especie y calidad. Este negocio de crédito recae siempre sobre cosas fungibles, aquellas que pueden sustituirse unas por otras y que configuran a cargo del deudor una obligación de género; que no de especie y, en el caso de que sustenten la realización de una operación bancaria, implican forzosamente la existencia del lucro, o sea, son onerosas. Sobre la naturaleza jurídica de los negocios de crédito se han elaborado

En todo caso, lo que sí puede sostenerse es que el negocio o la operación de crédito se caracteriza por la existencia de un desfase en el tiempo, entre el momento de recibir la propiedad del dinero, en nuestro caso y aquél en el cual es necesario restituir una cantidad equivalente. En esta norma podremos decir que existe una operación bancaria siempre que la transmisión de la propiedad se produzca, tanto en el caso de que el banco la reciba de uno de sus clientes, como en el supuesto de que el banco la transfiera a uno de sus clien-

tes. Es decir, que sobre este supuesto el banco se encuentra en una permanente y doble posición, dentro de los negocios de crédito, resultante de su función intermediadora; realiza negocios de crédito para captar recursos y hace lo propio enseguida, para colocarlos.

No es difícil constatar, sin embargo, aplicando un criterio empírico que las operaciones efectuadas por los bancos no obedecen siempre a la realización de una operación de crédito con el contenido jurídico que acabamos de exponer, sino que se refieren a otras posibilidades intermediadoras en las cuales no existe adquisición ni transmisión de la propiedad y en donde, en la mayoría de los casos, se trata apenas de servicios que encuentran su sustento jurídico, ya no en un contrato de crédito sino en otros esquemas contractuales, en especial el mandato y la compraventa. Esta comprobación permite, pues, diferenciar las operaciones bancarias diciendo que hay unas que así pueden calificarse en sentido propio, mientras que otras, siendo también bancarias, no corresponden ya al elemento común y distinto.

Por estas razones y las vistas en un principio, podrá explicarse el porqué, contra la solución adoptada por algunos autores, hemos clasificado el contrato de crédito documentario dentro de los que corresponden a una operación activa de los bancos, entre otros motivos porque nosotros pensamos que, en el fondo se trata tan solo de un contrato de apertura de crédito, por lo que dice con las relaciones entre el banco y su cliente. Con estas salvedades y anotaciones hemos adoptado la siguiente clasificación.

a) Operaciones bancarias pasivas.

1.-Depósitos irregulares que comprende los depósitos en cuenta corriente y a la vista, los depósitos a término y los de ahorro.

2.-Emisión de obligaciones y otros títulos.

3.-Redescuento.

b) Operaciones bancarias activas

1.-Préstamos que en nuestra opinión cobijan igualmente los anticipos, si bien en su momento los trataremos en forma separada, y el crédito de firma,

2.- Descuentos.

3.- ,Apertura de crédito.

4.-Crédito documentario.

5.- Reporto.

6.-Leasing o arrendamiento financiero;

7.-Factoring.

c) Operaciones bancarias neutras o complementarias

1.-Depósitos.

2.-Intermediación en cobros y pagos.

3.-Compra-venta de títulos de acciones, divisas y otros bienes.

4.-Cajillas de seguridad.

5.-Fideicomiso o fiducia mercantil.

Adviértase, por último, que la anterior clasificación ni es original ni tampoco indiscutible, pues como ya vimos son múltiples las ensayadas por los autores. Tiene, sin embargo, la ventaja de su general aceptación en América Latina y su claridad desde el punto de vista didáctico, que se explica, entre otras

cosas, por la vinculación a la estructura contable de las entidades bancarias.

En síntesis, podemos sostener que la operación bancaria es una operación de crédito realizada por un banco, caracterizada porque la entidad respectiva desarrolla su actividad en forma de intermediario que se lucra con los recursos obtenidos al colocarlos de nuevo. Como dice Giraldi “pedir prestado para pres-

tar ganando tipifica la operación bancaria.

Las operaciones neutras, por su parte, se distinguen porque más que intermediación crediticia existe una mediación por parte del banco en los cobros, en los pagos, en el desempeño de ciertos servicios por cuenta de sus clientes o en ellas los bancos se limitan a recibir bienes en simple custodia o administración, pero no en depósito irregular, como lo veremos.

BIBLIOGRAFÍA

- BANCO CENTRAL DE RESERVA .“Terminología Monetaria” Tercera Edición: Lima, 1984.
- BLOSSIERS MAZZINI, Juan .“Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, Gráfica Horizonte: Lima, 1,999.
- BLOSSIERS MAZZINI, Juan. “Derecho Bancario: Fuentes Doctrinarias” Librería y Ediciones Jurídicas: Lima: 1,998.
- CASTILLO, Melquíades. “Derecho Monetario y Bancario” 2da. Edición FECAT: Lima, 1995.
- GHERSI, Carlos y otros, “Responsabilidad del Banco Central por la Actividad Financiera”. Fondo Editorial Derecho
- HUNDSKOPF , Oswaldo . “Derecho Comercial” Tomo I, Editorial Universidad de Lima: Lima, 1989.
- KLINKENBERGER, Juan. “Supervisión Bancaria en el Perú” SBS: Lima, 1987.
- VILLEGAS, Carlos . “Operaciones Bancarias”. Rubinzal & Culzoni Editores: Buenos. Aires, 1996.



Tapadas de frente y de espaldas.