CONTRATOS BANCARIOS

Segunda edición

ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

CONTRATOS BANCARIOS

ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ

CONTRATOS BANCARIOS

Segunda edición

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2022



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Enrique Díaz Ramírez, 2022.
© Editorial Temis S. A., 2022.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1893-5
3127 2022001400
ISBN e-book 978-958-35-1929-1

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.
Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRÓLOGO

La primera edición de este libro salió a la luz en julio de 1993 y está agotada hace tiempo. He revisado la obra, corregido algunos puntos, ampliado otros e incluido nuevos, pues en dieciocho años transcurridos de entonces a acá, ha habido cambios y mudanzas. Las ideas fundamentales del libro se han mantenido inalteradas, pues el espíritu con que aboco los asuntos es el mismo e iguales los criterios, fines y propósitos: profesionalidad de la actividad bancaria; riguroso seguimiento de las normas especiales pero también de las generales dentro de la unidad parcial del derecho privado en nuestro país; respeto a la autonomía contractual dentro de la normativa; identificación de las necesidades del cliente y diseño adecuado del producto; crítica fundada y ponderada de las decisiones e instrucciones de las autoridades de intervención o de control cuando exceden sus facultades constitucionales o legales u obran con incuria en el ejercicio de ellas; búsqueda de la eficacia de los contratos y el logro de sus fines prácticos, y también de la seguridad jurídica sin la cual el derecho privado no cumple su función.

He querido mantener la extensión de la obra en un volumen justo.

El régimen de los contratos bancarios no ha experimentado grandes cambios, ni grandes debates ni rectificaciones, lo cual demuestra su consolidación. Pero el sistema de financiación de vivienda fundado en la UPAC hizo crisis y fue objeto de pronunciamientos judiciales y de regulación legal: existen estudios valiosos sobre esa grave situación, su deficiente comprensión y regulación, pero está pendiente el juicio definitivo que reclama una obra especializada[1]. El costo del dinero, que incide en todos los contratos de crédito y originó la crisis de la UPAC, ha sido analizado en varios estudios[2]; al tema de los intereses dediqué una monografía que citaré aquí sumariamente[3].

[1] Rodrigo Uprimny, "*Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía"*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Público, pág. 145. *Un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC*. Pensamiento Jurídico núm. 13, Bogotá, 2000. Hernando Parra Nieto, *Protección de los derechos del acreedor financiero de recursos para vivienda frente a la crisis del sector financiero*, Bogotá, 2001. Eduardo Pizano de Narváez, *De la UPAC a la UVR. Vivienda en Colombia 1970-2005*, Bogotá, 2005.

[2] Fernando Silva García, "La sanción al cobro excesivo de intereses", en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Externado, 2005, pág. 485. Juan Carlos Varón Palomino, "De las obligaciones de dinero", en *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad de los Andes-Editorial Temis, 2009, pág. 72.

[3] Enrique Díaz Ramírez, *Las tasas de interés en Colombia,* Bogotá, Editorial Temis, 2014.

El punto que preocupa en grado sumo es la captación masiva e ilegal de dinero del público, por su recurrencia y porque es un síntoma grave de deficiencias en la estructura del sistema financiero del país, aún no analizadas a fondo ni corregidas. Se escuchan con frecuencia voces, generalmente interesadas en minimizar el problema y su impacto. Esa práctica es irresponsable: la crisis financiera de 1982 tuvo entre sus varias causas la captación de dinero del público por entes distintos a los intermediarios autorizados; se creyó que la situación había quedado definitivamente conjurada con los decretos de emergencia económica 2920 y su reglamentario 3227 de aquel año. Pero no fue así y ante nuevos episodios de captación ilegal se expidió el decreto 1981 de 1988 para enmendar falencias obvias de la legislación de emergencia. Las reformas introducidas a la legislación general bancaria por las leyes 45 de 1990 y por la compilación de normas bancarias contenida en el decreto-ley 1730 de 1991, substituido por el decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, reforzaron la confianza en la solidez económica del sistema financiero colombiano y en la idoneidad y suficiencia de su régimen legal. El ejecutivo hizo frente a una profunda crisis del sistema financiero que empezó a gestarse en 1996 y explotó en 1998 con la declaratoria del estado de emergencia económica y social mediante decreto 2330 de ese año. Entre las varias causas que justificaban la emergencia, el Ejecutivo señaló la crisis sufrida por las organizaciones solidarias de ahorro y crédito y financieras. En la sentencia C-122 de 1999 la Corte Constitucional dijo textualmente sobre este punto: "[...] siendo el marco regulatorio del sistema cooperativo financiero, el principal problema que enfrentaba el sector, dado que una interpretación restrictiva de los principios universales del cooperativismo, arraigada en nuestra cultura, en un momento dado incrementó el riesgo de 'atomización de la propiedad' en las cooperativas dedicadas a la actividad financiera, lo que hacía que sus administradores encontraran un espacio propicio para explotar a su favor la entidad, incrementando gastos superfluos o haciendo uso indebido de los recursos financieros disponibles en la misma por medio de auto préstamos, este ya había sido modificado por el Congreso de la República, a través de la ley 454 del 4 de agosto de 1998, en la que se «[...] plantea un nuevo esquema institucional que pretende enfrentar de una manera eficiente y oportuna los problemas del sector cooperativo, para prevenirlos adecuadamente y si se presentan para solucionarlos». Sin embargo, la magnitud de la crisis de este subsector, hacía inoperantes los nuevos instrumentos para los intereses de sus ahorradores". Los autopréstamos, fenómeno ocurrido en la crisis de 1982, fueron sancionados severamente y no se creyó posible su repetición. La Corte Constitucional hizo mención expresa a la insuficiencia del marco legal del sistema financiero en el caso específico de las cooperativas de ahorro y crédito y financieras. Esta es una evidencia plena de cómo la inadecuada estructura legal afecta la funcionalidad

de todo el sistema y conduce al colapso a uno de sus componentes, y evidencia plena, también, de la responsabilidad de los entes a cargo y de sus directores. El régimen legal del sistema financiero fue nuevamente modificado por las leyes 519 de 1999 y 795 de 2003; los delitos contra el sistema financiero fueron revisados con motivo de la expedición de la ley 599 de 2000, Código Penal, todo lo cual, se entiende, fortaleció el marco legal del sistema financiero. Pero una vez más el ejecutivo declaró el 17 de noviembre de 2008 por treinta días el estado de emergencia social por decreto 4333, prorrogado por treinta días más mediante decreto 4704 de 15 de diciembre de 2008, a cuyo amparo se dictaron los decretos 4334 y 4705 de 2008 y 44 de enero de 2009, declarado inexequible por la Corte Constitucional, declaratoria que dejó sin piso el decreto reglamentario 1910 de 2009. A esta emergencia dio lugar la crisis de captación ilegal provocada por las llamadas "pirámides". El régimen penal de la captación no autorizada de dinero del público fue nuevamente modificado por la ley 1357 de 2009.

Las consecuencias de las cíclicas declaratorias de emergencia económica y social por captación ilegal de dineros del público son graves: generan desconfianza en el sistema; minan el prestigio y la moral del órgano de control que se sigue preguntando, como en 1982, si su función es vigilar el ahorro o tan solo el ahorro institucional; provocan críticas a la capacidad de previsión y de reacción del órgano de control; generan pérdida de los ahorros de la comunidad y originan largos procesos de liquidación de los captadores ilegales, en los cuales los depositantes reciben sumas desproporcionadas por lo exiguas respecto de lo que depositaron. En cuanto a las facultades del órgano de control cabe preguntar si ellas son insuficientes, inadecuadas, no fueron utilizadas o fueron mal utilizadas. Me parece claro que cuando se presenta una crisis de captación de dinero del público, el sistema mismo, montado en un monopolio de captación existente a favor de los intermediarios autorizados, está haciendo crisis. La captación por entes no autorizados puede ocurrir teóricamente, pero, desde luego, no debe ocurrir. Su ocurrencia indica que el sistema es desbordado por la realidad; que carece de válvulas que regulen la presión de la oferta de dinero. Como causas de la situación han sido mencionadas la baja "bancarización", es decir, la baja utilización que nuestra población hace de la banca en comparación con países del mismo grado de desarrollo, o si se quiere, la oferta de servicios financieros restringida a ciertos niveles de la población; los altos costos de la utilización de los servicios y del crédito que ofrece el sistema en contraste con la reducida rentabilidad que reciben los depositantes, datos todos, evidentes. Estas debilidades pueden tener explicaciones razonables, pero no basta con esas explicaciones: es necesario ir al fondo, cuestionar si el marco legal del sistema financiero es adecuado, si responde a las necesidades, o no lo es y por ello entra en crisis con frecuencia. Si

el rígido monopolio de captación no tiene la capacidad de absorber la oferta en ciertas situaciones y aquella lo desborda; si el costo de los servicios financieros impide su utilización por una gran masa de la población; si es sano mantener a 5 millones de personas al margen del sistema financiero porque han sido o fueron reportadas a las centrales de riesgo. Si la actual distribución de la actividad financiera entre los intermediarios autorizados, más que a especialización obedece a dispersión y conduce a la ineficiencia[4]. Estos interrogantes, que no han tenido

[4] A raíz de la crisis bancaria de 1982 se debatió sobre la estructura del sistema financiero colombiano frente a los esquemas teóricos de banca universal y de banca especializada; el debate se resintió por el énfasis que el organismo de control hizo en el argumento de que el esquema de banca especializada facilitaba dicha función en tanto que el de banca universal lo dificultaba y entrababa, argumento que recibió más aceptación de la que por sí mismo merecía por cuanto un control inadecuado e ineficiente hizo parte de las causas de la crisis que se pretendía afrontar. Recuérdese que la ley 45 de 1923 tendió a la banca múltiple y que la especialización fue surgiendo a lo largo de los años y al empuje de los hechos con el criterio miope de que cada nuevo negocio financiero requería un ente que lo llevase a cabo. Gavalda y Stoufflet en su ya clásico tratado afirman que la indispensable automatización de los bancos conduce a su concentración (banca universal o bazar), pero que en Francia la complejidad y diversidad de las tareas bancarias condujo a considerar débil, antes de la automatización, la banca bazar. Pero señalan que el problema real consistió en que a mitad del siglo xix "la banca francesa cometió una grave confusión sobre la correspondencia entre la naturaleza de las fuentes y su empleo. Los fondos precarios depositados a la vista no deben ser utilizados en negocios a largo plazo (inversiones); los bancos aprendieron la lección y comprendieron que no deben confundir la actividad de un banco de depósitos con la de un banco de negocios (inversión), lo que condujo a una especialización de hecho, más que legal. La autoridad francesa también se mostró proclive a la especialización porque facilita el control. (*Droit de la banque*, Paris, Thémis, 1974, págs. 34 y ss. El punto se rige hoy en Francia por el Código monetario y financiero con tendencia restringida a la especialización: los establecimientos de crédito son bancos, bancos mutualistas o cooperativos, cajas de crédito municipal, sociedades financieras o instituciones financieras especializadas. Solo los bancos, los bancos mutualistas y las cajas de crédito municipal están autorizados para recibir del público dinero a la vista o a plazo menor de dos años. Los primeros pueden realizar todas las operaciones de banca y los demás todas aquellas que no contravengan normas especiales.

En Colombia la ley 45 de 1990 estimó que autorizar inversiones cruzadas entre los distintos entes (matriz y filiales) era un paliativo suficiente a la excesiva especialización. (Erick Cárdenas Rincón, "La ley 45 de 1990. La transición de la banca especializada y la banca múltiple", en *El sistema financiero del siglo xxi a partir de la ley 45 de 1990*, libro colectivo, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, págs. 59 y ss.). Observo: el esquema de matriz y filiales puede contribuir a simplificar el control de acceso a la industria financiera pero escamotea el verdadero objetivo: lograr una banca fuerte, responsable, estable, que resuelva todos los requerimientos financieros del cliente con la máxima eficiencia y el menor costo bajo una gerencia única; el esquema de grupos crea preocupaciones: responsabilidad de matriz y filiales, pérdida de las economías de escala, costes, independencia aparente, piramidación de capitales. Considero que la estructura del sistema financiero colombiano por lo que respecta a entes autorizados es obsoleta e inadecuada y debe simplificarse. El tema corresponde a una obra de

respuesta seria, deben conducir a un análisis a fondo del marco legal del sistema, sin intereses excluyentes, sin prejuicios y sin creer que los lineamientos de la ley 45 de 1923 son inmodificables. El sistema financiero debe adecuarse y satisfacer las necesidades del país, y no al revés. La ley 1328 de 2009 introdujo reformas menores al régimen legal del sistema financiero que en nada cambiaron su estructura. El decreto 2555 de 2010, denominado 'Único', compiló y reexpidió las normas reglamentarias sobre los sectores financiero, asegurador y de mercado de valores y fue seguido de los decretos 2775, 2949, 2952, 2953, 2954, 2955, 3594, 3993 y 4032, todos de 2010. La situación descrita afecta el ambiente general de la actividad bancaria del país, pero no incide en el régimen de los contratos bancarios, razón por la cual no será objeto de más comentarios.

He dividido la obra en tres partes: una parte general, una segunda parte dedicada a los contratos de servicio y una tercera consagrada a los contratos de crédito, lo cual me parece más adecuado que la división tradicional de los contratos por las operaciones bancarias que contienen: activas, pasivas y neutras. Esto implica potenciar en ciertas operaciones tradicionalmente llamadas, "pasivas" su connotación de servicio.

He mantenido la denominación de "Contratos Bancarios", comprendida por todos, aunque la dispersión del sistema indica como más apropiada la de "Contratos Financieros"[5].

Para esta edición he contado con la valiosa colaboración de Adriana Camacho, quien fuera mi monitora durante varios semestres en la cátedra de Derecho Comercial General que dicté por más de 20 años en la Universidad del Rosario. Adriana cursó dos posgrados en la Universidad del Sacro Cuore de Milán, trabajó por más de 10 años en bufetes de esa ciudad y de Monza: me apoyó en la búsqueda de sentencias de casación de la Corte italiana.

Agradezco a quienes a lo largo de los años han favorecido la obra y, en especial, por sus comentarios y observaciones, a mis alumnos, hoy docentes y profesionales ejemplares, los doctores Hernando Parra Nieto y Fabricio Mantilla Espinosa, y a los alumnos de la línea de investigación de Derecho Comercial de la Universidad del Rosario, por sus aportes.

---

derecho bancario más que a una de contratos, por lo cual no lo trataré, pero es bastante claro que en el futuro los bancos deben poder administrar dinero de terceros, invertir los fondos disponibles en cuenta corriente o de ahorros de manera rápida y eficaz, ampliar su actividad fiduciaria, todo lo cual tiende a la banca múltiple. (Ver también, El Sistema Financiero del siglo XXI a partir de la ley 45 de 1990. CÉSAR PRADO VILLEGAS, *Desarrollo legal. Ley 45 de 1990-ley 1328 de 2009*, Bogotá, Editores Alejandro Venegas Franco, Sergio Rodríguez Azuero y María Lucía Torres Villareal, Universidad del Rosario, 2011, pág. 215).

[5] 5. El punto no es pacífico: ver las distintas posiciones en LUIS MUÑOZ *Contratos y negocios jurídicos financieros*, t. I, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, pág. 5.

Exalumnos y favorecedores de la obra están divididos en cuanto a si esta debe tener una parte general sobre el contrato o debe abocar exclusivamente el análisis de los contratos bancarios sin ocuparse de la teoría del contrato que corresponde a un tratado general. Planteado así el punto en abstracto la respuesta a favor de la segunda posición es indubitable. La cuestión no puede abocarse en esa forma porque la concepción que se tenga sobre temas generales incide directamente en el análisis de los contratos. Así ocurre con la autonomía de la voluntad y el contenido del contrato. La mayor parte de textos sobre teoría general del contrato escritos en nuestro país adolecen de un defecto que he puesto de presente en varias oportunidades: invocan autores que escribieron antes de la segunda guerra mundial, por ejemplo, y los equiparan con textos más recientes omitiendo las profundas diferencias de contexto político y social existentes entre aquellos y estos, tan ricas e interesantes. El resultado tiende a ser una visión plana del contrato como si las grandes conmociones y trasformaciones ocurridas en occidente a partir de los siglos XII y XIII, y en especial con ocasión de la segunda guerra y de la posguerra, no hubiesen dejado huella profunda y viva en el contrato, y su noción, función y alcance fuesen los mismos que tuvieron los juristas de tiempos anteriores. Además, la sensibilidad del jurista debe aguzarse para percibir el signo de los cambios en curso, acompasados con la evolución social. No obstante la pertinencia de esta observación, me limitaré en la exposición de los contratos bancarios a hacer puntual, y breve, indicación del régimen general. Pretendo exponer el régimen general del contrato en una obra de más aliento.

Enrique Díaz

20-12-19

Salvo indicación en contrario, las traducciones del francés y del italiano son libres del autor, pero he tratado de ser lo más fiel posible a los textos originales.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prólogo VII

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

1. La regulación legal de los contratos bancarios 1
   A) Contrato tipo. Contrato nominado 2
      a) Nuevas operaciones financieras 4
      b) La interpretación de la ley bancaria 5
      c) La protección del consumidor financiero respecto de cláusulas abusivas 6
   B) Principios de los contratos bancarios que provienen de la cualificación del sujeto. El carácter profesional de la entidad financiera es indispensable para realizar operaciones en masa 8
      a) La captación de dinero del público 10
      b) Creación secundaria de dinero por los bancos 15
2. La prueba de los contratos y de las operaciones bancarias. La contabilidad, medio de prueba 16
3. Conservación y manejo de información de los clientes: obligación de reserva; "habeas data"; administración del riesgo de lavado de activos y de financiación del terrorismo 16
   A) El secreto bancario 17
      a) Objeto 17
      b) Fundamento 18
   B) El habeas data. Carácter legal. Objeto 19
      a) Los sujetos 19
      b) La información 20
      c) Vigilancia 23

PÁG.

C) La administración del riesgo de lavado de activos y de financiación del terrorismo 23
a) Noción 23
b) Vulnerabilidad 24
c) Los principios 24
d) Manual de políticas 24
e) Oficial de cumplimiento 24
f) Implantación de un sistema de administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo 24
4. Los elementos del contrato 25
A) La capacidad 25
B) El objeto 25
a) Posibilidad y licitud 25
b) Principios de los contratos bancarios que provienen del objeto 25
C) La causa 27
5. El contenido del contrato 28
6. Operación bancaria y servicio público 30
A) ¿La banca colombiana es un servicio público? 34
a) ¿La banca colombiana es un servicio público esencial? 38
7. ¿El régimen legal aplicable a los contratos bancarios es excepcional respecto del derecho comercial y del derecho civil? 39
8. Sanciones por la ausencia de elementos y requisitos de los contratos bancarios y por los vicios de que adolezcan 40
9. El negocio fiduciario 40
A) Fiducia y patrimonio autónomo 41
a) La naturaleza del "trust" en Inglaterra y Estados Unidos 41
b) La naturaleza jurídica del "trust" en la doctrina colombiana 42
B) Créditos a cargo del constituyente, con fecha anterior a la constitución de la fiducia: ¿la fiducia les es oponible a los acreedores titulares de ellos? 62
10. La movilización del crédito 64

Capítulo segundo

LOS CONTRATOS BANCARIOS DE SERVICIO

1. El contrato irregular 67
A) El depósito irregular de dinero en el Código Civil colombiano ... 70
2. La cuenta corriente bancaria 70

PÁG.

3. La cuenta corriente comercial 71
A) Antecedentes históricos 71
a) La escuela francesa 72
b) La indivisibilidad y la novación. Al lado del efecto traslativo del contrato, la escuela francesa ubicó dos efectos más: la indivisibilidad y la novación 73
c) La escuela alemana y la teoría crediticia 74
d) La escuela italiana 76
B) El concepto de cuenta corriente 77
a) El contrato normativo y la subsistencia de los negocios de base 78
b) La reciprocidad de las remesas 78
c) La novación 79
d) La compensación 79
e) La unilateralidad de las remesas 80
f) La indivisibilidad 82
C) El régimen legal de la cuenta corriente mercantil en Colombia ... 82
a) La indivisibilidad e inexigibilidad de las partidas individuales 82
b) La cuenta corriente como título traslativo de la propiedad 83
c) La compensación 83
d) El carácter normativo del contrato 83
e) La novación 83
f) Anotación en cuenta y pago 83
g) La clausura de la cuenta y la liquidación del saldo 84
h) La exigibilidad del saldo 84
i) Intereses 84
j) El crédito a cargo de terceros 84
k) Remesa en moneda extranjera 84
l) Extracto 84
m) La terminación del contrato 85
n) La naturaleza jurídica 85
2. La cuenta corriente bancaria. Concepto 85
A) La cuenta corriente bancaria. Definición legal 88
B) La jurisprudencia 90
C) La naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria... 91
a) La compensación 92
D) El régimen legal de la cuenta corriente 94

PÁG.

a) Los derechos del cuentacorrentista 94
b) Embargo 95
c) El sobregiro 96
d) La muerte o incapacidad del cuentacorrentista 99
e) El pago de cheques falsos o alterados 99
f) Las prohibiciones y limitaciones 101
E) El pago de intereses por depósitos en cuenta 103
3. Los depósitos de ahorro 104
A) Su naturaleza jurídica 104
B) Las clases de depósitos de ahorros 105
a) La distinción por la disponibilidad 105
b) El ahorro puro y el ahorro contractual 107
c) La pluralidad de depositantes 107
d) De menores 107
e) La prueba del depósito de ahorros 108
f) La inversión de los dineros captados mediante depósito de ahorros 108
g) Los privilegios establecidos en favor de los ahorradores 109
h) La liberación de las tasas de interés 109
4. El certificado de depósito a término 109
A) Concepto. El preaviso o plazo 109
B) Remuneración 110
C) Tipificación del negocio 110
a) Naturaleza jurídica de los certificados de depósito a término 111
5. El "factoring" 112
A) Características del contrato 114
6. El crédito documentario 114
A) Un poco de historia 114
B) La implementación de la carta de crédito 115
a) El contrato entre el comprador y el vendedor 115
b) La apertura de la carta de crédito 116
c) Naturaleza del contrato celebrado entre el ordenante y el emisor de la carta de crédito 116
d) Relación entre el banco emisor y el beneficiario 116
e) La cadena de bancos 117

PÁG.

C) Los documentos en la carta de crédito 118
a) La factura comercial 118
b) El documento de transporte 118
c) El documento de seguro 118
7. El reporto 118
A) Función económica 118
B) Antecedente 119
C) El reporto en el Código Civil italiano 119
D) Configuración del reporto en la legislación colombiana 121
a) Las normas 122
8. El anticipo bancario 124
A) ¿El anticipo es un tipo contractual autónomo? 126
a) El desarrollo de la banca moderna 129
9. Avales y garantías 129

Capítulo tercero

LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

1. Elementos de los contratos de crédito 131
2. El mutuo 132
A) La reglamentación del mutuo en el Código Civil 132
a) El mutuo, contrato real 132
b) El mutuo, contrato unilateral 134
c) El carácter fungible de los bienes mutuados 135
d) La obligación de restituir 137
e) Plazo para la restitución 139
f) El pacto de intereses 139
B) Teorías sobre la naturaleza jurídica del pacto de intereses 140
a) Teoría del lucro o del cambio 142
b) Teoría de la espera o de la impaciencia 145
C) El régimen de los intereses en el Código Civil 146
D) El régimen de los intereses en el antiguo Código de Comercio Terrestre 151
E) El régimen de los intereses en el Código de Comercio vigente desde el 1º de enero de 1972 152
a) La onerosidad de las obligaciones mercantiles 152

PÁG.

b) El límite a los intereses 155
c) Sanción por el cobro excesivo de intereses 171
F) La prueba del interés bancario corriente 176
a) La crítica del sistema de prueba 178
G) La incorporación del mutuo en título valor de contenido crediticio. El pagaré en blanco y la carta de instrucciones 180
3. El "leasing" 182
A) Definición legal del leasing 183
B) Cautelas de la empresa de leasing 184
C) Reglamentaciones aplicables a las compañías de leasing 185
D) Clases de leasing 185
4. Las aceptaciones financieras 186
A) Antecedentes 186
B) Función económica 186
C) Régimen legal 187
a) Negocio de base 187
b) Aceptación 187
c) Secuencia de la operación 187
D) Naturaleza jurídica de la aceptación 188
E) Aceptación bancaria y apertura de crédito 188
5. El descuento bancario 188
A) Función económica del descuento 189
B) Descuento como contrato normativo 190
C) Descuento y cuenta corriente bancaria 190
D) Descuento de cheques 190
E) Prórroga del término del contrato de descuento y rotación de títulos 190
F) Opción del banco entre acciones cambiarias y causales 191
G) Naturaleza jurídica 191
H) Extinción del contrato 193
6. Apertura de crédito 193
A) Función económica del contrato 193
B) Naturaleza jurídica del contrato 193
C) Disciplina legal del contrato 197
a) Concepto 197
b) Duración 197

PÁG.

c) Solemnidad 197
d) Forma de la disponibilidad 198
e) Onerosidad 198
f) Apertura de crédito y cuenta corriente 198
g) Apertura de crédito y descuento 198
h) Quiebra del acreditado 198

Bibliografía 199
Índice de autores 205

Capítulo primero

NOCIONES GENERALES

1. La regulación legal de los contratos bancarios

Los contratos bancarios han sido regulados, pero en cuanto las normas legales no sean imperativas, responden al libre juego de la autonomía de la voluntad; tienen, además, elementos propios y homogéneos que permiten formar una categoría. Esos elementos son uno de los sujetos y el objeto.

La tecnología y la contabilidad sistematizada han influido profundamente en contratos masificados como los bancarios. Por tratarse de contratos de adhesión, el banco predisponente puede incluir estipulaciones sobre el régimen de los contratos y sobre pruebas. Pero esas estipulaciones no pueden excluir el régimen general de las obligaciones ni de las pruebas substituyéndolo por otro que el banco juzgue favorable a su posición, salvo que las normas legales substituidas no sean imperativas y que la substitución no configure cláusulas vejatorias. Las nuevas técnicas deben adaptarse, plegarse al derecho de obligaciones y no al contrario, adaptar, desnaturalizándolo, el derecho de obligaciones a las nuevas técnicas; el derecho de obligaciones ha de incorporar, asimilar las normas que surgen de las nuevas técnicas, sin padecer quebranto. La idea es de Grua[1]. La tecnología no autoriza al banco a transferir todos los riesgos del contrato al cliente exonerándose de responsabilidad, ni lo libera de sus obligaciones profesionales de informa-

[1] "[E]l derecho positivo está presto a acoger las exigencias de la máquina, pero solamente en la medida en que no fuercen la voluntad del hombre ni su protección jurídica tradicional. Es decir, que los fundamentos mismos del derecho de obligaciones, lejos de ser amenazados encuentran una nueva razón para afirmarse. Si este derecho está llamado a abrirse a los hechos nuevos que engendra la evolución de la técnica, es solamente para integrarlos en su propia lógica". François Grúa, *Contrats bancaires,* t. I, Contrats de services, Paris, Economica, 1990, pág. 8.

Sent. de casación de 2 de febrero de 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo. Ley 527 de 1999.

ción y diligencia. Pero el cliente tiene a su cargo verificar la información que el banco le suministre.

A) *Contrato tipo. Contrato nominado*

Contrato tipo es aquel de contenido fijo mediante el cual se establecen relaciones jurídicas en masa. Por contrato típico suele entenderse el descrito en la ley y si la ley solamente le da un nombre, sin regularlo, ha dado en llamarse nominado[2]. Prefiero la práctica francesa de llamar nominado al contrato descrito y regulado en la ley[3]. La existencia de contratos regulados por el legislador implica, en derecho moderno, que otros no lo estén; los contratos no regulados crecen en número e importancia. El origen y desarrollo de los contratos innominados es trascendental por lo cual trato ese tema aquí, no obstante las discusiones que ha suscitado, muy intensas a partir del siglo XIX.

Interesa el contenido del contrato impuesto por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico solo el legislador y los entes a quienes se les ha asignado esa función pueden tipificar negocios jurídicos (Const. Pol., art. 335). Ese poder, que implica un recorte a la autonomía privada, no lo tiene la Superintendencia Financiera y no puede arrogárselo so pretexto de revisar las minutas de los contratos financieros. Contrato no regulado en la ley es campo abierto a la autonomía privada[4].

Ni la legislación anterior a la ley 45 de 1990, ni esa ley, ni el decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) ni normas posteriores confieren al superintendente financiero la facultad de tipificar contratos. La ley 964 de 2005 dispuso: "La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de control y vigilancia. [...] Artículo 85: Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que

[2] Muñoz, ob. y t. cit., pág. 20.

[3] El art. 1105 del C. C. francés, reformado con vigencia a partir de 1-10-2016 consagra la expresión: "Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination prope, sont soumis a des régles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les régles particulieres a certains contrats sont établies dans les dispositions propes a chacun d'eux. Les régles générales s'appliquent sous réserve de ces regles particuliers". La misma técnica siguió el art. 970 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

[4] Desde luego, dentro de los límites marcados por las buenas costumbres, el orden público y la buena fe, es decir, dentro del concepto de licitud. (C. C. art. 1518).