

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



CAMBIO DE BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO

LIC. CARLOS QUESADA ROMÁN

SUMARIO

Presentación

- 1. Aspectos doctrinales**
- 2. El principio de la Cláusula "rebus sic stantibus"**
- 3. La imprevisión**
- 4. La teoría de Karl Larenz sobre la base del negocio jurídico**
- 5. Efectos jurídicos del cambio de base del negocio jurídico**
- 6. Reducción a términos de equidad**
- 7. El cambio de base en los contratos de crédito**
- 8. El principio de responsabilidad del banquero por concesión abusiva de créditos**

Bibliografía

PRESENTACIÓN

La asignación de la presente monografía nos llevó a profundizar sobre los principios que originan la discusión sobre la aplicación de la cláusula **rebus sic stantibus** en aquellos contratos a plazo donde circunstancias imprevisibles a los contratantes, producen situaciones ajenas al contrato que lo vuelven inejecutable.

La equidad de la modificación o de la revisión, se presenta como el punto más discutible principalmente sobre los efectos

entre las partes contratantes donde la base de equivalencia de las prestaciones ha dejado de existir, generando un derecho a la resolución del contrato.

El exigir responsabilidades a una de las partes que se encuentre en tal situación deviene en injusta, por lo que la doctrina sugiere la alternativa de una **reducción a términos equitativos**, y porqué no, incluso la repetición de lo pagado cuando el crédito ha perdido su valor nominal.

1. ASPECTOS DOCTRINALES

La característica particular de las operaciones bancarias consiste en ser operaciones de crédito masivamente realizadas por una empresa bancaria en forma profesional. La institución del crédito es el centro de una serie masiva de operaciones de crédito con las cuales se ofrecen capitales y otra serie masiva de operaciones de crédito con los que necesitan tenerlos¹.

Los contratos bancarios, presuponen que una de las partes es un banco autorizado a funcionar como tal. Se refieren a la actividad que constituye el objeto de su actividad contractual y de las obligaciones que de éstos surgen dependiendo en última instancia de las operaciones bancarias de la entidad. En otras

palabras, el contrato bancario es el acuerdo de voluntades del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo².

En la mayoría de los contratos financieros interviene un banco. No obstante, se presentan contratos bancarios en los cuales no se realiza una intermediación financiera propiamente dicha, como por ejemplo el alquiler de cajas de seguridad, la custodia de títulos y valores mobiliarios, el recibo de valores para efectuar su cobro, el ejercicio de determinados mandatos, etc.³.

La convención o convenio es el concierto o ajuste de voluntades en orden a un objeto de interés jurídico⁴; contrato, el convenio de dos o

-
1. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho Bancario**. Quinta Edición revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, Editorial Porrúa S.A., México D.F., México, 1978, págs. 18 y 19.
 2. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos Bancarios**. Segunda Edición, Biblioteca Felabán, Bogotá, Colombia, 1979, pág. 118.
 3. FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 484.
 4. En el derecho romano se consideró que el: "**Convenio est duorum pluriumve in placitum consensus**" (L 10 del Digesto: de pactis 2,14).

más personas para constituir una obligación entre ellas... El contrato se refiere a la constitución del vínculo obligatorio, que comprende únicamente los atributos de dar, hacer o no hacer alguna cosa⁵, características por su patrimonialidad y su bilateralidad.

El negocio jurídico supera esas limitaciones, constituyendo un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc.; todos tienen en común que hay una voluntad exteriorizada, y un fin al que se tiende. Estos caracteres pueden darse también en los actos. Lo propio del negocio es que el ordenamiento adecúa la eficacia a la programación de intereses⁶.

El objeto de la prestación es aquello que debe ser procurado al acreedor por medio de una acción encaminada a cumplirla, es decir, de la actividad debida. Puede ser una cosa (o más exactamente, su posesión, su uso o también la propiedad sobre ella), un derecho (por ejemplo, un derecho de prenda, una hipoteca), un conjunto de cosas o un valor patrimonial incorporal. Merecen especial consideración los objetos de la prestación consistentes en "dinero", "indemnización de daños", "resarcimiento de gastos"⁷.

Las obligaciones dinerarias son aquellas que pueden ser cumplidas por la entrega de los

signos monetarios correspondientes o mediante la imposición en la cuenta o transferencia de la cantidad debida a cuenta del acreedor, constituyéndose el deudor en obligado de una prestación pecuniaria y no de una deuda de cosa (cuantía de valor u obligación de suma).

Esto último determina que la obligación dineraria no pueda ser calificada como genérica, sino como obligación de suma de valor⁸, diferenciándose de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento ha de hacerse mediante el pago en dinero, no por un importe nominal, sino por el valor a determinar en dinero de un objeto o de una cuota de valor⁹.

En los contratos bancarios de préstamo, la ejecución (la existencia del plazo) es prácticamente esencial.

Precisamente las operaciones de crédito tienen en su base un negocio jurídico donde una parte concede a la otra la propiedad (o disponibilidad, al menos) de bienes fungibles (o realiza prestaciones que indirectamente implican desembolso de dinero) por un tiempo determinado, con obligación de restituirlo (reembolso) del equivalente a término diferido; las más características son de orden financiero y generan, además las obligaciones de pago de intereses y comisiones¹⁰.

-
5. BRENES CÓRDOBA, Alberto. **Tratado de los Contratos**. Cuarta edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992, pág. 39.
 6. PÉREZ VARGAS, Víctor. **Derecho Privado**. Editorial Publitéx, San José, Costa Rica, 1 edición, 1988, pág. 207.
 7. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones, Tomo I**. Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1958, pág. 173.
 8. LARENZ, Karl. *op. cit.* págs. 178, 179.
 9. LARENZ, Karl. *op. cit.* pág. 183.
 9. LARENZ, Karl. *op. cit.* pág. 183.
 10. PÉREZ VARGAS, Víctor. **La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana** en Revista Judicial, Año XIII, número 48, junio 1989, pág. 157.

2. EL PRINCIPIO DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La regla que consagra al contrato como ley entre las partes, tiene su origen y desarrollo no sólo fundamentada en la doctrina, sino también en contingencias económicas y sociales a través de evolución histórica. El principio romanista del **pacta sunt servanda**, no es ajeno a este desarrollo histórico.

Frente al problema de la alteración sobrevinida de circunstancias, y al solo efecto de dotar al Juez de unos principios directivos de cierta objetividad, de unas normas teóricas de una razonable inmutabilidad que cubran el vacío legal y contractual, se ha alzado la doctrina con una serie de principios, entre los cuales se encuentran la llamada cláusula **rebus sic stantibus**, teoría de la base del negocio, de la voluntad marginal, de la presunción, de la imprevisión, etc.¹¹.

Resulta consustancial al ser humano que éste responda de sus acciones y de las consecuencias a él imputable. Por eso, quien realiza actos que están sometidos a una ley infringiéndola, sean éstas morales o jurídicas, estará obligado conforme a la moral o al Derecho a la reparación del daño causado.

Por lo tanto, el fundamento de la obligación de indemnizar los daños está en este caso en el acto propio, culpable y antijurídico¹².

No obstante, lo equitativo de la modificación o de la revisión de un contrato por causa

de imprevisión (al liberar a las partes de sus obligaciones), ha llevado a la doctrina a formular diversas teorías para explicar el fundamento de la imprevisión en los derechos que la admiten, o para propugnarla en aquellos derechos en que la rechazan explícitamente¹³, partiendo para su interpretación de que el contrato es un acto jurídico que tiene una base de hecho, es decir, que surge de una situación de hecho dada en que los contratantes programan sus intereses de conformidad con las previsiones que razonablemente pueden realizar.

Si la situación legal que se produce cuando el contrato está en ejecución aparece muy diferente a la prevista por las partes, por razones que escapan a su control, desaparece el soporte de hecho de la convención¹⁴.

Estas teorías han establecido que, el problema de la alteración de las circunstancias imprevistas que trastornan gravemente el equilibrio que en un principio existía entre las prestaciones de los contratantes, manifestado en la imposibilidad económica de cumplir, deben ser admisibles en los contratos de ejecución sucesiva y en los contratos de ejecución diferida, en los cuales la ejecución de las obligaciones se escalona en el tiempo (el contrato de trabajo, el inquilinato)¹⁵, tanto en el Derecho Civil como en el Comercial¹⁶.

11. ESPERAT SANZ, Vicente. *La Frustración del fin del Contrato*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1968, pág. 143.

12. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 191.

13. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.* pág. 95.

14. BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Derecho Civil IV*, Volumen I, Teoría General del Contrato, Segunda Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, pág. 112.

15. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.* pág. 50.

16. BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Ibidem*.

En derecho constitucional se discute si al desaparecer la razón o fundamento de hecho de una ley (ratio legis), debe desaparecer también la Ley.

El principio inicial contractual varía. La cláusula **rebus sic stantibus** en relación con los contratos que, por haberse destruido la relación de equivalencia de las prestaciones, resultan excesivamente onerosas para uno de los contratantes, no se opone de ninguna manera a la subordinación del principio esencial para el tráfico jurídico de fidelidad, del **pacta sunt servanda**.

La teoría propone que el juez debe restablecer el equilibrio de un contrato cuyas condiciones de ejecución han sido gravemente

modificadas en detrimento de una parte, debido a acontecimientos razonablemente imprevisibles en el momento de la formación del contrato¹⁷.

La desaparición de la relación de equivalencia, es la que origina en un contrato la destrucción de la base del negocio jurídico. Desde el punto de vista subjetivo, la base del negocio jurídico es la representación mental que se hacen los contratantes sobre un estado de cosas, y para que ella resulte relevante debe ser común a los contratantes.

3. LA IMPREVISIÓN

Simultáneamente, debe existir un elemento objetivo para dar estabilidad al acto jurídico, que es el mantenimiento de las condiciones contractuales. Cuando esta base se altera en forma extraordinaria y con carácter imprevisible, nace el derecho a resolver el contrato¹⁸, comprendiéndose por **imprevisión** el desequilibrio grave que se produce entre las prestaciones contractuales como consecuencia de un aumento considerable o imprevisto en los precios, por lo que si cambian radicalmente las circunstancias, los pactos pueden llegar a encontrarse en lo que los alemanes llaman **"Äquivalenzstörung"** o **"Wegfall der**

Geschäftsgrundlage", que es la desaparición de la base del negocio jurídico¹⁹.

La imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero y está ligada a las fluctuaciones de los precios²⁰.

Estas causas que justifican la transformación de las promesas contractuales además de imprevisibles, también son por sí mismas causas objetivas; ya que "no pueden ser factores determinados por una de las partes". Es claro que en la materia que nos ocupa puede hablarse de una objetividad del mercado mundial y de las reglas del sistema financiero mundial²¹.

17. BAUDRIT CARRILLO, Diego. *Op. cit.* pág. 113.

18. FLAH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam. **Teoría de la Imprevisión**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989, págs. 18 y 19.

19. PÉREZ VARGAS, Víctor. **El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana y los principios del derecho**. Esbozo de programa para uso en la preparación del II Seminario Jurídico Internacional, **Deuda externa, Principios Generales del Derecho, Corte Internacional de Justicia**. Roma 25-26 de mayo de 1995, Sant'Agata dei Goti (Benevento), 27 de mayo de 1995, pág. 1.

20. STACK, Boris, citado por BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op. cit.* pág. 94.

21. GARAVELLO, Oscar. *Utilizzazione delle risorse e politiche economiche nella crisi del debito estero dei P.V.S.* en Schipani; citado por PÉREZ VARGAS, Víctor en *Esbozo del Programa...* pág. 4.

Con el nombre de "riesgo imprevisible" o doctrina de la imprevisión se designan los mecanismos correctivos para evitar abusos que supondría mantener inflexiblemente la obligación contraída²².

Tanto la **imprevisión** como la **lesión** parten de la existencia de un presupuesto: el desequilibrio grave entre las prestaciones como consecuencia de un precio insuficiente (la patología se encuentra en la función del contrato y en los intereses que las partes persiguen al celebrarlo²³. Pero mientras que en la lesión el desequilibrio existe desde la conclusión del contrato (al momento de la conclusión del contrato el precio no correspondía al valor de la cosa), generando una desproporción condicionada entre las prestaciones originaria y derivada de un aprovechamiento de una de las partes del estado de peligro o de necesidad de la contraparte

justificando la rescisión; en la imprevisión, por el contrario, el desequilibrio sobreviene después de la conclusión del convenio, esto es, a posteriori²⁴.

Uno de los presupuestos del equilibrio grave entre las prestaciones de los contratantes, es el de la **excesiva onerosidad sobreviniente**. Este concepto puede considerarse como un acontecer en la vida del contrato que produce la alteración del mismo, consistente en que la prestación posible en su origen, como consecuencia de obstáculos extraordinarios que sólo pueden vencerse mediante un sacrificio completamente desproporcionado, o bajo graves riesgos, o violando deberes de mayor importancia, llega a ser preciso considerar tal prestación como imposible, a la luz de la consideración racional, ética y económica, que es decisiva para el Derecho²⁵.

4. LA TEORÍA DE KARL LARENZ SOBRE LA BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO

Esta alteración no solamente se produce como una agravación de la prestación, sino también cuando hay una disminución, no considerada dentro del álea normal de la contratación, en la utilidad de la contra prestación²⁶.

A tal punto, han llegado las investigaciones de Karl Larenz, principalmente en su obra titulada "La Base del Negocio Jurídico y

Cumplimiento de los Contratos quien parte para su estudio de las teorías psicológicas y objetivas sobre la base del negocio.

El autor sostiene que las consecuencias jurídicas de la desaparición de la base del negocio jurídico deben ser buscadas, no de manera aislada en la interpretación del contrato o en los principios del Derecho contractual

22. BADENES GASSET, Ramón, citado por SOTELA MONTAGNE, Rogelio. **La teoría de la imprevisión**. en Revista de Ciencias Jurídicas, número 7, mayo 1966, pág. 160.

23. V. FRANCESCHELLI, Bruno, citado por VARGAS PÉREZ, Víctor en La excesiva... pág. 158.

24. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.* pág. 94.

25. ENNECCERUS, Tomo II, Vol. I pág. 239 ss, citado por ESPERET SANZ, Vicente. *Op. cit.* pág. 144.

26. SOTELA MONTAGNE, Rogelio. *Op. cit.* pág. 185.

objetivo –principio de la buena fe–, sino en la íntima cohesión de ambos; mediante una relación de elementos subjetivos –cumplimiento de lo expresamente pactado–, con elementos objetivos –consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley–.

Al respecto, define el cambio de base del negocio, como las representaciones sobre la existencia y permanencia de ciertas circunstancias fundamentales, las cuales, sin haber llegado a formar parte del contrato, han sido hechas base del negocio, bien por ambos contratantes, bien por uno solo, sabiéndolo el otro y no rechazándolo²⁷, desestimando aquellas teorías que admiten el cambio de base del negocio a partir de conceptos psicológicos –Dertmann–, o presuposiciones que más bien son calificados como error en los motivos –Windscheid–.

El concepto de la cláusula *rebus sic stantibus* se sustenta en una relación contrac-

tual dependiente de la persistencia de las circunstancias existentes al concluir el contrato que eran debidamente presupuestas y cuya variación no era previsible para las partes contratantes²⁸, por lo que la variación en las circunstancias conlleva su importancia cuando se pone en peligro la finalidad esencial del contrato, como por ejemplo, cuando resulte destruida la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación.

Par Larenz, la base del negocio presenta un doble sentido. En primer lugar, como base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato²⁹ las cuales pueden ser o no de conocimiento de los contratantes.

5. EFECTOS JURÍDICOS DEL CAMBIO DE BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO

Para la determinación de los efectos jurídicos, la doctrina se topa con el peso insoslayable de la teoría de la voluntad.

La voluntad del contenido es la que tiene por objeto el resultado práctico o jurídico del negocio³⁰. Esta teoría ve en la voluntad negocial de las partes, entendida como realidad psicológica, el verdadero fundamento de las consecuencias jurídicas, y a menudo, conforme al concepto de la causalidad propio de las

ciencias naturales y habitual en las postrimerías del siglo XIX, la causa eficaz de estas consecuencias, en tanto que para Larenz en esta teoría la declaración es tan sólo un síntoma de la voluntad³¹, por lo que la interpretación de un contrato debe tener presente el sentido especial que las partes tienen, y con arreglo al cual quieren que sean comprendidas concretamente sus declaraciones. Este sentido especial, representa para el autor, en sí mismo

27. LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1956, pág. 11.

28. LARENZ, Karl, *op. cit.* pág. 27.

29. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 37.

30. CARRIOTA FERRARA, citado por PÉREZ, Víctor, *op. cit.* pág. 238.

31. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 173.

un sentido más general, por ejemplo en todo contrato bilateral la idea de equivalencia y cada contrato en general la idea de obligatoriedad jurídica, sobre la cual los interesados no reflexionan de ordinario y que, por consiguiente, no se pone de manifiesto de modo especial en sus declaraciones³².

Las consecuencias jurídicas de la interpretación de un contrato así realizado, permitirían determinar la falta o desaparición de la base del negocio fundamentadas tanto en el propio contrato como en los principios de derecho contractual objetivo, siendo de importancia el sentido general y especial del propio contrato, comprendido y desarrollo conforme al principio de buena fe.

Sus efectos jurídicos que de éste modo se obtendrán, son:

- i) Si la base del negocio en sentido subjetivo no existe, o desaparece posteriormente, el contrato es en principio ineficaz. Si la base del negocio consiste en la expectativa de que las circunstancias personales y económicas de las partes continúen siendo las mismas, la parte afectada por una modificación total de sus circunstancias puede alegarlo por medio de una excepción. Mientras dure la modificación, está tan sólo obligado a realizar las prestaciones que correspondan a la equidad, según las circunstancias del momento y teniendo en cuenta la proporción en que se funda el contrato.
- ii) Si en un contrato bilateral se destruye por completo la relación de equivalencia a consecuencia de la transformación de las circunstancias, la parte perjudicada, puede negarse a hacerlo, en tanto que la otra parte no consienta en un adecuado aumen-

to de la contraprestación que restaure la equivalencia. Si se rechaza este aumento terminantemente, la parte perjudicada puede resolver o, en caso de una prestación de larga duración, denunciar inmediatamente el contrato. Si la prestación ya ha sido realizada, reclamar una indemnización por el importe del enriquecimiento de la otra parte.

- iii) Si la finalidad del contrato resulta inalcanzable, se puede rechazar la prestación³³.

Estos principios esbozados por el autor, constituyen una causa "inusual" de liberación de las obligaciones del deudor, ya que considera como contrario a la buena fe el sujetar a una persona al cumplimiento de un contrato y derivar de éste derechos cuando, a consecuencia de sucesos imprevistos que escapan a la influencia de la otra parte y no pertenecen al riesgo asumido por ninguno de los contratantes, desaparece de tal forma la base del contrato que está conforme a la intención de las partes.

Cuando el riesgo acaece y otra persona resulta perjudicada, puede ser conforme a la equidad imponer en todo o en parte la responsabilidad en estos supuestos a aquella persona que originó la situación de riesgo o se sirvió de ella para su provecho, aunque no se le puede acusar en absoluto de haber infringido la ley. En estos casos hablamos de "responsabilidad de riesgo".³⁴

Sus consecuencias jurídicas devienen similares a las ya descritas. En este caso, el deudor cuya prestación es posteriormente imposible —desde luego por una circunstancia que no le sea imputable—, no puede exigírsele la prestación, por lo cual el acreedor soporta el riesgo de la prestación o riesgo objetivo, sin

32. LARENZ, Karl, *op. cit.* pág. 180.

33. LARENZ, Karl. *Op. cit.* págs. 195, 196.

34. LARENZ, Karl **Derecho de Obligaciones**, pág. 191.

que hubiere en este supuesto una obligación de indemnización de daños, porque el deudor no es responsable en forma alguna, y la

subsistencia del deber de prestación que se ha tornado irrealizable sería una formalidad vacía, pues tal obligación habría perdido sentido³⁵.

6. REDUCCIÓN A TÉRMINOS EQUITATIVOS

No obstante, conviene mencionar dos posibilidades de resolución propuestas por el Dr. Víctor Pérez Vargas.

Señala este autor que ante la imposibilidad o mayor costo del cumplimiento de una deuda en estas circunstancias, sería factible plantearse la alternativa de una **reducción a términos equitativos**. Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que deba buscarse con prioridad (como lo hace el nuevo Código Civil peruano, con gran acierto) la reducción a equidad de los términos de aquel³⁶.

En similar sentido, plantea el jurista nacional en su propuesta al II Seminario Internacional: Deuda Externa Latinoamericana, titulado **El cambio de base de la deuda externa Latinoamericana y los principios del Derecho**, desde una perspectiva tridimensional –los hechos, los valores y las respuestas jurídicas–, recurriendo a los principios de interpretación elaborados por la teoría del negocio jurídico, sobre la base realista, real-objetiva, los cuales resultan aplicables a los contratos –de deuda externa–, lo mismo que a los tratados o empréstitos a ella relativos.

Estos principios los resume así:

a) Interpretación

- i) Interpretación en favor del deudor como parte más débil de la relación contractual;
- ii) Interpretación progresiva de los contratos... en el caso de variación de las

circunstancias que les dieron origen, eliminando su eficacia o bien adecuándola a la nueva realidad mediante una interpretación evolutiva y progresiva;

b) Nulidad de cláusulas abusivas

Cuando éstas se encuentren presentes;

c) Integración del negocio, la reducción a equidad, un cálculo realista

De la nulidad de cláusulas abusivas puede resultar la necesidad lógica y matemática de un nuevo cálculo de la deuda.

El principio de reducción a equidad podría ser tomando en cuenta antecedentes históricos (conversión de obligaciones dinerarias al producirse el cambio del sistema monetario del marco alemán –RM. Reichsmark– por el DM. en 1948); el valor real de la deuda (de acuerdo a su valor registrado en libros, criterios de reservas para incobrables, el caso de títulos de deuda cotizados a 17 centavos de dólar); y aplicando la hipótesis propuesta por el profesor **SCHIPANI** de que con un nuevo cálculo –de la deuda externa–, que tome en cuenta el cambio en la base de los préstamos tal vez en muchos casos la deuda estaría ya pagada, y en muchos casos –agrega el Dr. Pérez Vargas–, ya estaría pagada en demasía, en exceso, por lo que se aplicarían los principios de la “repetición del pago indebido”.

En resumen, y con vista de aplicar alguna de las teorías comentadas, se le considera al

35. *Ibidem*, pág. 305.

36. PÉREZ VARGAS, Víctor. *La excesiva...* *op. cit.* pág. 157.

crédito como una confianza que una persona concede a otra en una operación de cambio; como una extensión de éste pues en el cambio se entrega una cosa por otra o por su equivalente en dinero, sujetos a factores de tiempo y de confianza. El primero de estos factores

manifestado en el plazo que debe transcurrir entre la transmisión actual del bien a que se refiere la operación de crédito y su cumplimiento; y la confianza referida a la capacidad de contratación y al cumplimiento futuro de la obligación adquirida por el deudor³⁷.

7. EL CAMBIO DE BASE EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

La moneda, por sus funciones, es una unidad de cuenta y es, también una unidad de valor para facilitar la realización de las operaciones, o para atesorar o ahorrar la riqueza obtenida o recibida³⁸.

Desde el punto de vista económico, el dinero es el medio general de cambio. Los signos monetarios son objetos corporales (billetes de Banco o monedas) que se dan y aceptan en el tráfico como medio general de cambio, en virtud de su función representada en la materialización de un valor patrimonial. Este valor nominal es el que les otorga la entidad emisora y que se expresa en la moneda metálica o en el papel moneda, derivando su valor del poder adquisitivo del dinero, es decir de la relación existente entre el valor nominal y los precios de los bienes y prestaciones valiables en dinero dentro del territorio en que rige el sistema monetario, y además, del valor de cotización o valor en curso, es decir, de la relación entre las unidades monetarias de diferentes sistemas³⁹.

Parece una constante que la moneda a través de la historia, no ha guardado su valor, excepto en periodos de tiempo muy breves, entre otras circunstancias, por las siguientes:

- i) **el factor determinante:** explicado por medio de la teoría económica de la moneda introducida después de las críticas de Keynes, según la cual el valor de la moneda depende de la relación entre su cantidad nominal y la cantidad de bienes y servicios netos de amortizaciones que se producen en la economía de una Nación en un año, y la velocidad de circulación del dinero;
- ii) **las causas que originan la desvalorización monetaria,** referidas a las causas que originan una mayor emisión monetaria que la demandada por la evolución económica, entre estas: guerras, crecimiento del gasto público sin incremento de impuestos, subsidios, política, etc.;
- iii) **forma de medir la pérdida del valor de la moneda,** aumentos de precios, otra cotización de la moneda nacional en los mercados internacionales de cambio respecto a monedas más estables; y
- iv) **formas de compensar la pérdida del valor,** principalmente originado por inflación a través de tasa de interés –cubriendo la desvalorización monetaria–; o a través de indexación o revalorización de las obligaciones⁴⁰.

37. ACUÑA BENAVIDES, Lindy, y ARCE CARMONA, Sandra María. **El crédito bancario.** Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, págs. 101 a 105.

38. ARAUZ CASTEX, Manuel. **La multiplicación ilegítima de los valores en los juicios.** Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991. pág. 13.

39. LARENZ, Karl. **Obligaciones dinerarias...** *op. cit.* pág. 174.

40. ARAUZ CASTEX, Manuel. *Op. cit.* págs. 14 a 22.

Por tales motivos, quienes consideran al dinero desde el punto de vista de la teoría real o valorista, manifiestan que su valor está directamente relacionado con la cantidad de bienes y servicios que con él se pueda adquirir en un momento dado, es decir, que el deudor debe retribuir al acreedor no el valor nominal de lo que le prestó, sino la cantidad de dinero necesaria para adquirir los bienes y servicios que pudo él adquirir con el monto que le fue otorgado⁴¹.

Quizá el más importante de los factores de desvalorización monetaria, lo constituye la inflación. La inflación es una condición a la cual llega un país cuando la totalidad de su renta monetaria, en un periodo, crece más de prisa que su renta real en bienes y servicios, es decir que constituye el incremento de la corriente del dinero a un ritmo más rápido que la corriente de

cosas en que se gasta ese numerario, produciendo un fenómeno crematístico de inestabilidad de las relaciones económicas, y por ende, también de las juristas⁴².

El nivel de solución a este problema, ha sido abordado a nivel legislativo mediante procesos de revalorización, a nivel contractual mediante las "cláusulas de estabilización de escala móvil", y a nivel judicial mediante la aplicación del principio "**rebus sic stantibus**".

A éste último nivel de solución, se suma el principio desarrollado en doctrina sobre el distingo entre deudas dinerarias y deudas de valor, aplicando a las primeras el principio nominalista y a las segundas el valorista, con la intención de superar la diferencia conceptual entre ambas para aplicar también a las segundas el régimen de actualización de los montos debidos⁴³.

8. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL BANQUERO POR CONCESIÓN ABUSIVA DE CRÉDITOS

En Europa se le considera a la banca desde un criterio de "actividad de interés general", por lo que se califica su actividad como profesional exigiéndosele una mayor actividad diligente en relación a su especial naturaleza⁴⁴.

Por tal motivo, el banquero es reconocido en los sistemas de derecho continental europeo como un profesional de su actividad. Ello

determina que la diligencia que es dable exigir no sea la normal del **bonus pater familia**, sino la especial profesional del **bonus argentarius**, acentuada por la misión de servicio público que realiza⁴⁵.

Por tal razón, se ha generado una abundante jurisprudencia en Francia y Bélgica con respecto al abuso de la banca en la concesión

41. MATA ORTE, Carlos Eduardo, y VARGAS MONTERO, Bernald. **El Contrato de Préstamo Bancario: un análisis jurídico**. Tesis de Grado para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, pág. 205.

42. CARRANZA Jorge A. y otros. **Problemática actual de las obligaciones de dar dinero**.

43. CARRANZA, Jorge. Op. cit. pág. 437.

44. El calificativo de "actividad bancaria de interés general", es propio de la tradición en Francia y Bélgica. En este último país, la Comisión Bancaria belga considera que un banco no puede apuntar únicamente a su interés propio a título de acreedor. En Italia, el artículo 1176 del Código Civil recalca la diligencia debida de la banca en sus actividades profesionales.

45. A NIGRO, citado por BERGEL Salvador D. **Responsabilidad civil de la banca por los daños causados en la concesión abusiva de créditos a los países de la región**, en REVISTA DEL DERECHO COMERCIO Y DE LAS OBLIGACIONES, año 24, enero-junio 1991, número 139/141, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991, pág. 14.

de créditos abusivos por la especial responsabilidad del banquero a quien se le asignan deberes de conducta en relación a sus clientes y a terceras personas.

La búsqueda de la responsabilidad del banquero a través de "procesos numerosos y de vivaces discusiones", es una situación consecuencia del periodo de crisis económica por el que atravesamos. El número de quiebras ha aumentado considerablemente; ahora bien, los hechos están ahí y demuestran que los acreedores de las empresas declaradas en quiebra, no pueden pretender la recuperación de fracciones importantes de créditos. La tentación, en tales condiciones, es grande para acreedores y curadores de orientarse contra el o los banqueros de la empresa⁴⁶.

Esta corriente doctrinaria ha influenciado en el derecho norteamericano, donde hasta hace unos diez años aproximadamente se le consideraba a la banca y otras entidades prestamistas responsables, tomando en consideración las teorías tradicionales del **common law** referidas al incumplimiento contractual, como fraude, coacción o influencia indebida. En la actualidad los tribunales han desarrollado una nueva doctrina que considera a los prestamistas responsables, tomando en cuenta la teoría de la responsabilidad extracontractual –**tort-action**–⁴⁷, fundada en: a) la garantía de buena fe y razonabilidad implícita

en todo contrato (covenant of good faith and fairdealing); b) la imposición a los prestamistas de standards de fiducia o confianza (fiduciary standards) más rígidos, los cuales una vez violados generan una acción antijurídica que lo hace responsable de los daños y perjuicios que con su conducta ocasione al cliente o a terceros⁴⁸.

Plantea BERGEL que una conducta abusiva en la concesión de crédito ocasiona una ilicitud la cual no necesariamente se vincula a derechos subjetivos concretos, ya que –establecida la generación del daño–, ella tanto puede fundarse en la violación generación del daño, ella tanto puede fundarse en la violación de normas genéricas de conducta o de algunas regulaciones específicas aplicables a la banca, atribuibles a título de "culpa con previsión", cuyo nexo de causalidad entre la conducta de la banca y el resultado dañoso se encuentra explicada por medio de la teoría de la causa adecuada.

Las consecuencias del otorgamiento de crédito abusivo y prolongado son evidentes. Un banquero imprudente puede, con sus créditos, sostener una empresa ineficiente, favorecer inversiones excesivas y evidentemente no rentables y causar así un daño real a los acreedores del financiado, engañando por una prosperidad artificial⁴⁹.

46. VASSEUR, Michele, citado por MORA ROJAS, Fernando. **La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil situación financiera y económica**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS número 58, setiembre-diciembre 1987, San José, Costa Rica, pág. 56.

47. E.A. CAMARINI, citado por BERGEL, Salvador D., *op. cit.* pág. 15.

48. Refiere BERGEL a un artículo de "The Economist" quien manifestó que: los bancos no pueden culpar a nadie, salvo a sí mismos, por haber prestado durante muchos años sobre la base de riesgos reconocidamente malos –The Economist 11 diciembre 1982, pág. 12–; y de las críticas formuladas en el Congreso norteamericano cuando en noviembre de 1983 sancionó la ley que aumentó su cuota al FMI, donde se dan instrucciones al representante ante dicho organismo en el sentido de que los recursos de la entidad sean destinados al reembolso de préstamos bancarios otorgados en forma imprudente. BERGEL, *op. cit.*, pág. 17.

49. GAVALDA Y STOUFFLET citados por MORA ROJAS, Fernando. *Op. cit.* pág. 67.

Otros casos de responsabilidad contractual, surgen en las situaciones en que un banco rompe abruptamente el crédito a un cliente a quien se le había permitido seguir girando al descubierto, una vez vencido el plazo; o con la falta de pago de un cheque en cuenta corriente, considerando que hubo una apertura de crédito formalizada a favor del cliente, lo que le per-

mitió a éste sentirse con derecho a emitir cheques con anterioridad⁵⁰.

Su fundamento jurídico doctrinal lo ubica el autor MORA ROJAS en la doctrina de los actos propios, y las teorías alemanas de la apariencia y del *Verwirkung* y con el estoppel angloamericano.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA BENAVIDES, Lindy Viviana, y ARCE CAMONA, Sandra María. **El Crédito Bancario**. Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991.

ARAUZ CASTEX, Manuel. **La multiplicación ilegítima de los valores en los juicios**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991.

BAUDRIT CARRILLO, Diego. **Derecho Civil IV**. Volumen I, Teoría General del Contrato, Segunda Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990.

BERGEL, Salvador D. **Responsabilidad civil de la banca por los daños causados en la concesión abusiva de créditos a los países de la región**, en REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Año 24, enero-junio 1991, N 139/141, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. **Tratado de los Contratos**. Cuarta Edición revisada y

actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992.

ESPERET SANZ, Vicente. **La Frustración del fin del Contrato**. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1968.

FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

FLAH, Lily y SMAYEVSKI, Miriam. **Teoría de la Imprevisión**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MATA ORTEGA, Carlos Eduardo y VARGAS MONTERO, Bernald. **El Contrato de Préstamo Bancario: un análisis jurídico**. Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991.

MORA ROJAS, Fernando. **La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil situación financiera y**

50. El fundamento jurídico de esta teoría se podría encontrar en todos los sistemas jurídicos en términos tales como: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen hacer de la obligación, según la naturaleza de ésta "artículo 1023 por 1 del Código Civil de Costa Rica, artículo 1135 del Código Civil; 1374 del Codice Civile).
MORA ROJAS, Fernando. *Op. cit.*, págs. 59, 60.

- económica**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS, Número 58, setiembre-diciembre 1987, San José, Costa Rica.
- LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos**. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1956.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones, Tomo I**, Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1958.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. **Derecho Privado**. Editorial Publitex, San José, Costa Rica, I Edición, 1988.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. **La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana**, en Revista Judicial, Año XIII, número 46, junio 1989, San José, Costa Rica.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. **El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana y los principios del derecho**. Esbozo de programa para uso en la preparación del II Seminario Jurídico Internacional DEUDA EXTERNA, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Roma, 25-26 de mayo de 1995, Sant'Agata dei Goti (Benevento), 27 de mayo de 1995.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos Bancarios**. Segunda Edición, Biblioteca Felabán, Bogotá, Colombia, 1979.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho Bancario**, revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., México, 1978.
- SOTELA MONTAGNE, Rogelio. **La teoría de la Imprevisión**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS, Número 7, mayo 1966, San José, Costa Rica.
- TORREALBA, Octavio. **La Indemnización de daños y perjuicios imprevisibles**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS, Número 40, San José, Costa Rica.