



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:
CONTRATOS BANCARIOS

SUMARIO:

1. CARTA DE CRÉDITO

- i Definición
- ii Características
 - a. Incorporación
 - b. Literalidad
 - c. Legitimación
 - d. Autonomía
- iii Partes en la Carta de Crédito
 - a. Importador, ordenante, comprador
 - b. Beneficiario-Exportador
 - c. Banco Emisor-Acreditante
 - d. Avisador o Notificador
 - e. Banco Confirmante o Pagador

2. CARTA DE CRÉDITO STAND BY

- i Noción
- ii Concepto de Carta de Crédito Stand by en la Doctrina.
- iii Naturaleza Jurídica de la Carta de Crédito Stand by.
 - a. Por el número de personas que intervienen.
 - b. Otros Intervinientes.
 - c. En función de las obligaciones.
 - d. En función de la responsabilidad patrimonial.
 - e. En función de la obligación que garantizan.
 - f. Por la forma en que se perfeccionan.
 - g. En función del interés de las partes.
 - h. Por la identidad jurídica del acto.
 - i. Por su Ejecución.
 - j. Por su dependencia a otros negocios jurídicos.
- iv Carta de Crédito Stand by y la fianza.
- v Carta de Crédito Stand by y el aval.
- vi Modalidades



- a. Garantía de pago
- b. Garantía de participación
- c. La Garantía de cumplimiento
- d. La Garantía de mantenimiento
- e. La Garantía de Retención

3. CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO

- i Noción
- ii Definición
- iii Función económica
- iv Características
- v Sujetos del Contrato
- vi Naturaleza jurídica del contrato entre la entidad emisora y el titular
- vii Naturaleza jurídica de la convención entre la entidad emisora y el establecimiento adherido.
- viii La tarjeta de crédito como documento.
- ix Requisitos
- x Resolución y rescisión del contrato
- xi Rescisión por culpa del usuario
- xii Efectos de la rescisión
- xiii Responsabilidad por uso indebido de la tarjeta

4. CAJAS DE SEGURIDAD

- i Definición
- ii Naturaleza jurídica
- iii Características
- iv Obligaciones del banco
- v Obligaciones del cliente

5. OPERACIONES SWAP

- i Concepto
- ii Beneficios
- iii Función Práctica.
- iv Tipos de Operaciones SWAP
 - a. Swap de Tipos de Interés
 - b. Swap de divisas
 - c. Swaps sobre materias primas:
 - d. Swaps de índices bursátiles:
- v Características
 - a. Tipo de Riesgo
 - b. Participantes
- vi Encargados de su expedición y forma de hacerlo



DESARROLLO

1. CARTA DE CRÉDITO

i Definición

"La carta de crédito es el documento nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivados del mismo. Desde luego, corresponde a las instrucciones del ordenante que supuestamente deben reflejar sus obligaciones derivadas de la relación fundamenta que lo vincula con el beneficiario. No debe confundirse, como ya lo advertimos, con la denominada carta orden de crédito, que estudiamos como una forma de crédito de firma."¹

"... consideramos un deber tratar de definir, nosotros mismos, estrictamente el concepto de la carta de crédito, catalogándola como instrumento técnico, autónomo -en el sentido de independencia de la relación jurídica causal subyacente que le dio origen; relación base que usualmente coincide con la realización de un contrato de compraventa internacional, tanto desde el punto de vista de la importación, como de la exportación-; en donde se acuerdan tanto los términos como las condiciones de la operación crediticia en gestión, y que constituye a su vez, el documento probatorio y de legitimación de tal contrato."²

ii Características

"...pero no sobra al respecto hacer algún cotejo entre los principios aceptados como característicos de los títulos valores y la forma en que ellos pudieran aplicarse a la carta de crédito."³

a. Incorporación

"... la emisión del documento resultante de una previa relación fundamental incorpora el derecho al cual se refiere, de manera que a partir de ese momento el derecho desvinculado de la relación causal se identifica con el título y éste con el derecho sin que ninguno de los dos pueda subsistir separado.

(...)

Ello no ocurre con la carta de crédito, pues su pérdida puede remplazarse sin mayores dificultades."⁴

b. Literalidad

"En cuanto a la literalidad, ésta consiste en que la extensión, contenido y modalidades de las obligaciones de las partes surgen de la expresión literal de los documentos respectivos.



(...)

Podemos afirmar que, en principio, las cartas de crédito son "literales" y que en ellas se aplica el más severo formalismo, exigiéndole al banco pagador una absoluta conformidad entre los requisitos que pretende cumplir el beneficiario y aquellos que están contenidos en la carta, como condición para que pueda proceder válidamente a pagar."⁵

c. Legitimación

"La legitimación dice con el poder jurídico que tiene el titular para usar o disponer libremente de un derecho que le corresponde y en materia de títulos valores se traduce en la posibilidad de ejercerlo en forma directa o transferirlo."⁶

d. Autonomía

"La autonomía dice más que con la independencia entre el documento y su causa, con la de cada una de las relaciones que nacen en el proceso de creación y circulación de un título respecto a los demás. Aplicando este principio al caso de la carta de crédito podríamos decir que es válido en cuanto, como ya lo afirmamos, las relaciones entre comprador y vendedor generan unas consecuencias que no son oponibles a las relaciones entre banco pagador y beneficiario."⁷

iii Partes en la Carta de Crédito

a. Importador, ordenante, comprador

"Es la persona o entidad que solicita la apertura de la carta de crédito. Generalmente este contrato tiene como base uno de compraventa-internacional en donde el comprador dispone o se ha acordado entre las partes, que el pago de la mercancía adquirida debe hacerse por medio de tal instrumento."⁸

b. Beneficiario-Exportador

"Es aquella persona a la que en la carta de crédito se le confiere el derecho de exigir y obtener del banco correspondiente la aceptación, la negociación de letras de cambio o el pago, siempre y cuando cumpla con las obligaciones previstas en la misma."⁹

c. Banco Emisor-Acreditante

"Es el banco que de conformidad y siguiendo las instrucciones del ordenante, procede a abrir un crédito a favor de un beneficiario. Al consentir en tal contrato, se obliga frente al ordenante y asume el compromiso directo frente al beneficiario, de que en su



oportunidad, deberá pagar, negociar o aceptar letras de cambio; previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el crédito por las partes.

Dentro de las obligaciones que asume, sea que las cumpla por sí o por medio de otro, están la de avisar al beneficiario de la existencia del crédito y de los requisitos con que debe cumplir para cobrarlo, examinar los documentos y verificar que aparentemente cumplan los requisitos que se señalan en él y en ocasiones pagarlo."¹⁰

d. Avisador o Notificador

"Es un banco residente en el mismo país del beneficiario, quien usualmente es agente o corresponsal del emisor; que cumple con la función de avisar que hay un crédito abierto a su nombre, sin que asuma responsabilidad alguna para efectos de pago. Por tal razón, se le suministra un ejemplar de la carta de crédito que le informe de los términos y condiciones a que está supeditada."¹¹

e. Banco Confirmante o Pagador

"El banco que confirma la emisión de la carta de crédito, añade su promesa de pago al beneficiario, situándose en el lugar del banco emisor, es decir hace suyo el compromiso de aceptar, negociar o pagar las letras de cambio que se presenten según el crédito. Tal confirmación, implica una garantía adicional para el beneficiario del crédito, ya que en caso de incumplimiento, podrá accionar contra el banco confirmante en su propio país y de acuerdo con sus mismas leyes; además de accionar contra el banco emisor o contra el importador."¹²

2. CARTA DE CRÉDITO STAND BY

i Noción

"La carta de crédito stand by o garantía a primera solicitud como también se le ha llamado, nació a la vida comercial y se plasmó en algunos instrumentos jurídicos, principalmente pero no de forma exclusiva para cubrir las necesidades propias de las diferentes facetas en las contrataciones internacionales de obras públicas o privadas, contratos de suministro de materias primas o productos terminados, y en menor escala en contrataciones de compraventas y otros negocios en general, en que las partes hayan estipulado como un mecanismo de garantía, el establecimiento de una carta crédito stand by."¹³

"La stand by es una figura que hace frente a esas necesidades de



eficacia y rapidez para garantizar el cumplimiento satisfactorio de un contrato en el comercio internacional. Es una garantía bancaria, en la cual el prestigio, la solidez y la solvencia económica de un banco van a responder frente al eventual incumplimiento de un contrato, por parte de uno de sus clientes; incumplimiento que puede ser total o parcial.

(...)

La stand by ha sido concebida como una garantía de especial eficacia por su autonomía con respecto a las transacciones que garantiza. Es un mecanismo de gran utilidad para obtener resguardos, sobre todo para empresas que desarrollan actividades en diversos países.

(...)

Bajo la stand by, un banco se obliga a pagar a un beneficiario una suma de dinero, en el eventual caso en que el cliente del banco incumpla el contrato que tiene con ese beneficiario o sea su contratante.

La stand by es una garantía contingente, en espera o en atención a que ocurra un evento, el incumplimiento del contratante, quien es el que ha solicitado su emisión. Su denominación stand by obedece a la terminología utilizada en idioma inglés "Stand by letter of credit". De la misma forma, en la doctrina francesa se habla de "letrera di credit stand by" y en la italiana "letrera di crédito stand by". La razón de mantener el término stand by es porque es el mejor describe la función de éste instrumento. ¹⁴

ii Concepto de Carta de Crédito Stand by en la Doctrina.

"... una garantía autónoma y de plazo fijo otorgada por una banco (Banco emisor), obrando de conformidad con las instrucciones y por cuenta de un cliente (el ordenante), y emitida por escrito o medio de teletransmisión, en virtud del cual el banco se obliga frente a un tercero (el beneficiario), a pagarle as su requerimiento una cierta cantidad de dinero contra la sola recepción conforma de algunos documentos especificados en su texto y en los cuales se exprese que una persona (deudor garantizado) ha dejado de cumplir una obligación con dicho tercero."¹⁵

"El órgano oficial de la Cámara Costarricense de Comercio de Costa Rica, sostiene grosso modo, que la stand by setter of credit es aquella establecida para garantizar la ejecución de una determinada prestación, cumpliendo la misma un papel semejante a las finanzas".

(...)

La carta crédito es una obligación contingente; en otras palabras,



es una garantía mediante la cual un banco o institución financiera responde, respalda, avala o afianza a un cliente suyo ante acreedores; de tal manera que la parte emisora de esa garantía se compromete con el beneficiario a resarcirle en caso de falta, incumplimiento o desatención por parte de su cliente.

(...)

En la práctica la "stand by" o garantía a primera solicitud como usualmente se le denomina, funciona en la práctica de la siguiente manera: Un exportador por ejemplo, celebra un contrato de provisión de bienes o servicios con un importador extranjero, el cual le exige al primero, una garantía que respalde uno o varios aspectos de este contrato base, indicando como requisito indispensable, que la misma no sea accesoria o subordinada a las obligaciones consignadas para el exportador en la relación subyacente y que por el contrario, el garante (llámese banco o institución financiera) se comprometa a entregar una suma de dinero determinada de previo a la ejecución de la garantía, que deberá ser entregada con independencia de la causa que haya motivado el incumplimiento de la obligación pactada."¹⁶

iii Naturaleza Jurídica de la Carta de Crédito Stand by.

"La doctrina a recurrido a identificar a la stand by con otras figuras para explicar su naturaleza jurídica. En primer lugar se ha identificado con otras formas de garantía, ya sean de Derecho Civil o Derecho Comercial. En segundo lugar con otras figuras del Derecho Romanista tradicional. Por último la doctrina ha recurrido a la teoría del negocio jurídico complejo, la cual no se adecua a éste tipo de garantía en la que cada negocio jurídico tiene autonomía propia."¹⁷

"Para poder adquirir una visión clara de la figura en estudio, necesariamente, debemos adentrarnos en el tan complejo aspecto de su naturaleza jurídica.

Muchos de los autores tratan sobre la carta de crédito stand by evaden hablar de ella por lo difícil de su tratamiento, ya que suele confundírsela con otras figuras y tergiversar algunas de las características que la integran, y así, paso a paso, por medio del estudio de sus partes, lograr definirla plenamente y dilucidar por fin su propia naturaleza."¹⁸

f. Por el número de personas que intervienen.

"En el supuesto más simple, la operación de la stand by involucra a



tres partes. El ordenante quien es aquél que asume el papel de vendedor, proveedor, o contratista en el marco de la relación subyacente y el que solicita y conviene con un banco la emisión de la stand by para que garantice el cumplimiento de su obligación a su comprador, importador, quién será el beneficiario de la garantía."¹⁹

"Aplicando tal criterio a la carta de crédito stand by, encontramos que se le puede clasificar como un instrumento pluripartito, en el que intervienen tres partes:

a- Garantido o sujeto que conviene con un banco o institución de crédito, en la expedición de una carta de crédito stand by para garantizar un negocio.

b- Garante: El garante es la institución de crédito, generalmente un banco, a cuyo cargo recae la obligación de pagar una determinada suma de dinero, en caso de que la prestación pactada no sea cumplida.

c- Beneficiario: El beneficiario, es la persona que deberá demandar al garante el pago de la garantía de crédito, en caso de que la prestación a la que se obligó el garantido, no fuere cumplida."²⁰

"A) ORDENANTE: El ordenante o solicitante como también se le llama, es aquel que solicita la emisión de la stand by. Generalmente es el propio deudor cuyo cumplimiento de su prestación se está garantizando. Sin embargo, podría ser un tercero, a quién el deudor haya solicitado la obtención de la garantía, o, quién de propia iniciativa y por mera liberalidad para con el deudor la gestione, también las stand by pueden ser emitidas por la propia cuenta de un banco.

La solicitud de la stand by la deberá realizar la persona física o jurídica interesada en cumplir con los requerimientos de un contrato.

(...)

B) BANCO EMISOR: Tiene calidad de banco emisor o garante, aquel banco que emite la stand by a solicitud del ordenante, por su propia iniciativa o a solicitud de otro banco.

El banco emisor debe ejecutar lo convenido, sujetándose estrictamente a las instrucciones dadas y a lo establecido en los términos y condiciones de la stand by

(...)

C) BANCO CONFIRMANTE: El banco confirmante es aquel que confirma la emisión de la stand by bajo la autorización o el requerimiento del banco emisor. Al hacerlo el primero constituye un compromiso firme que se suma al del banco emisor, siempre y cuando los documentos que le sean presentados estén de acuerdo con los términos de la



garantía.

(...)

En relación con las obligaciones del banco confirmante, tenemos que éste se compromete en los mismos términos que el banco emisor paga a la vista, a pagar en la fecha o fechas de vencimiento fijadas de acuerdo con lo estipulado en el documento operativo, y si se trata de un pago diferido, a la aceptación de letras giradas por el beneficiario y pagarlas a su vencimiento o a negociar las letras de cambio, si fue emitida para la negociación."²¹

g. Otros Intervinientes.

"El banco notificador es un banco corresponsal del banco emisor, localizado en el país del beneficiario quien deberá avisar de la emisión de la stand by, previa revisión de su autenticidad. Si decide no notificar la garantía, debe informar sin demora al banco que el encargó hacerlo, de igual forma si no logró establecer autenticidad.

(...)

El banco designado es aquel que ha sido autorizado por el banco emisor para efectuar el pago (banco pagador), en caso de ejecución de una stand by y está autorizado a recibir los documentos correspondientes, a verificar si a primera vista están de acuerdo y de no estarlo, deberán rechazarlos e informar de inmediato.

(...)

El banco reembolsador es aquel a quien el banco emisor le instruye cumplir los reclamos de reembolso a que tengan derecho los banco que hayan pagado, la stand by."²²

h. En función de las obligaciones.

"El Dr. Leopoldo Borjas, clasifica a la carta de crédito stand by, como un negocio jurídico unilateral, ya que en realidad, a pesar de que en ella participan más de un sujeto, es sólo sobre uno de ellos, el garante, que recae la carga de la obligación. El garante es el único que está obligado para con el beneficiario, a pagarle, en caso de que la prestación a él ofrecida no llegue a concretarse."²³

i. En función de la responsabilidad patrimonial.

"... podemos catalogar a la carta de crédito stand by como un negocio jurídico personal, ya que, en caso de no cumplirse la prestación garantizada, debe efectuarse inmediatamente el pago en efectivo de la garantía, sin que por ello tenga que ejecutarse primero o



preferentemente la obligación de pago sobre un bien específico, sino que será todo el haber patrimonial del garante, quién responderá de la obligación a cabalidad."²⁴

j. En función de la obligación que garantizan.

"Atendiendo a este punto, la obligación en los negocios jurídicos puede ser clasificada como directa o indirecta.

Se dice que cuando el propio garante es el llamado a cumplir con la obligación pactada, la obligación es directa. Por el contrario, una obligación es indirecta, cuando el que se obliga es un tercero que no forma parte en ningún Momento de la contratación principal, que da origen a la garantía dada a favor de de los co-contratantes subyacentes.

En la carta de crédito Stand By, el tipo de obligación que se establece es directa, debido a que la misma está a cargo del garante."²⁵

k. Por la forma en que se perfeccionan.

"Dependiendo de la forma en que se perfeccionan, podemos clasificar a los actos jurídicos o negocios, como consensuales o como reales. Serán consensuales los que para perfeccionarse requieren únicamente el acuerdo manifiesto de las partes. Los reales, a diferencia de los anteriores, se perfeccionan necesariamente con la entrega real de la cosa objeto de la obligación.

La Carta de Crédito Stand By, además de ser un acto jurídico catalogado como personal, está a su vez revestido de la característica de la consensualidad, como un requisito indispensable para que se le pueda exigir de parte del garante, las prestaciones a las que como beneficiarios se tenga derecho a reclamar. De tal forma que para ello, tendrá que dejarse constancia indubitable, de que la institución crediticia, desea participar como garante en determinada prestación, facilitando para ello la prueba respectiva, al proporcionarle al ordenante mismo o en su caso al beneficiario, si así se dispusiera, la carta de crédito en la cual constan las obligaciones de las partes, y entre ellas por supuesto, las obligaciones de la institución garante. En síntesis, la carta de crédito stand by, se perfecciona, con el simple acuerdo manifiesto de las partes."²⁶

l. En función del interés de las partes.

"En función de tal interés, los contratos pueden ser gratuitos u onerosos.



Serán gratuitos cuando la parte que se compromete a efectuar una prestación no cobra remuneración alguna por ello (cesión gratuita artículo 1121, comodato, artículo 1335, donación, depósito civil, artículo 1348, todos del Código Civil).

Son onerosos cuando por el contrario, a cambio del beneficio o prestación que se recibe, se debe dar una contraprestación de orden patrimonial.

La Carta de Crédito Stand By es a todas luces un acto jurídico oneroso, que una institución crediticia se compromete a efectuar a cambio de una contraprestación su favor. Tal contraprestación es denominada "comisión".

Creemos por ende, que la Carta de Crédito Stand By puede acertadamente incluirse dentro de los contratos onerosos, en donde la institución de crédito se obliga a garantizar el pago de una determinada suma de dinero, a un beneficiario, a cambio del pago de una comisión por parte del garantido."²⁷

m. Por la identidad jurídica del acto.

"Los negocios jurídicos pueden ser típicos o nominados o atípicos o innominados.

En el primer caso, son típicos cuando las leyes o reglamentos les han dado una precisa denominación, creándose moldes legales dentro de los cuales se pueden encuadrar.

La atipicidad en los negocios jurídicos radica, en no calzar precisamente en tales moldes, en no estar previstos expresamente, sino en ser combinaciones de formas más o menos mixtas, casi siempre creación de las partes. Esto no quiere decir que sus efectos tengan mayor o menor validez, ya que independientemente de su forma los dos comparten una misma naturaleza. Además están cobijados bajo el principio de "pacta sun servanda" (autonomía de la voluntad).

(...)

La Carta de Crédito Stand By es un instrumento jurídico atípico. Aplicamos este criterio, con vista en el hecho de que en Costa Rica no existe ninguna ley que se ocupe de tal materia. Hacemos la aclaración, de que aún cuando algunos artículos de nuestro Código de Comercio hablan de la figura de la Carta de Crédito, lo que existe en una confusión entre ésta y la carta de orden de crédito."²⁸

n. Por su Ejecución.

"La carta de Crédito stand by es un instrumento jurídico de ejecución simultánea, de forma tal que la obligación contraída debe



cumplirse en una sola prestación, sin importar de manera alguna, el tipo de la misma, consignada en la relación subyacente, que generó su emisión."²⁹

o. Por su dependencia a otros negocios jurídicos.

"La stand by es una garantía personal ya que en caso de no cumplirse con la obligación pactada, debe ejecutarse el cobro de la garantía, sin que primero o preferentemente tenga que ejecutarse la obligación sobre un bien específico, sino que será el bien patrimonial del garante el que responda."³⁰

iv Carta de Crédito Stand by y la fianza.

"La fianza se asemeja mucho a la stand by puesto que ambas son garantías; o sea un suplemento de seguridad para el acreedor. De igual forma ambas están sujetas a una contingencia, el eventual incumplimiento por parte del deudor principal, para ser ejecutadas, en los dos existe la condicionalidad o realización de ese hecho futuro e incierto.

(...)

La fianza como se dijo anteriormente, es una obligación accesoria, que sigue la suerte de la obligación principal. La stand by, sigue siendo también una garantía, para brindar mayor seguridad y eficacia, se ha elevado a la categoría de un contrato principal, o sea que subsiste por sí misma, es independiente de la obligación que garantiza."³¹

"En cuanto a la ejecución de la garantía, se presentan algunas diferencias, como por ejemplo el hecho de que la fianza como una garantía accesoria común, pueden oponerse un serie de excepciones derivadas del contrato base. Ello implica, que los beneficiarios de la garantía se pueden encontrar con la circunstancia de tener que entrar en largo litigios para poder cobrarla. En la Carta de Crédito Stand by, éste problema por regla general no se presenta, ya que por su naturaleza no cabe oposición de excepciones de ningún género, por lo que el pago requerido debe hacerse forma inmediata."³²

v Carta de Crédito Stand by y el aval.

"El aval es una garantía personal, por medio de la cual un tercero garantiza el pago de títulos cambiarios (letra de cambio o pagaré). Al igual que la Carta de Crédito Stand By, el aval es unilateral e irrevocable, es una obligación no accesoria o sea, es independiente y principal. Con esto último lo que se quiere decir es que su suerte no es la misma de la obligación que avala, ya que respecto



de un tercero de buena fe se comporta como una obligación autónoma y abstracta, en el sentido de que aún deviniendo inválida la obligación objeto del aval, este último subsiste independientemente.

La diferencia que existe entre la Carta de Crédito Stand By y el aval está estrechamente vinculada con su cobro. El aval en algunos casos debe protestarse para poder ser cobrado en vía ejecutiva, la otra en cambio no necesita de ese protesto. Además, el aval únicamente puede vincularse con obligaciones típicas cambiarias, la Carta de Crédito Stand By, no restringe su ámbito de aplicación a sólo éstas, sino que puede vincularse a toda clase de prestaciones, tanto típicas como atípicas

El avalista puede oponer excepciones contra el acreedor del título cambiario que el deudor tiene contra él mismo; en la Carta de Crédito Stand By esta situación no se da."³³

"Esta figura posee muchas similitudes con la stand by como son su autonomía, independencia, su literalidad, el hecho de que existan dos obligaciones autónomas y dos deudores, cada uno responsable de cada obligación y el hecho de que no se puedan oponer excepciones; el avalista no puede hacer uso de las defensas del deudor garantizado. El aval, en nuestra legislación no admite el beneficio de división, ni exige la exclusión previa al avalado.

Al igual que semejanzas, existen también diferencias. La stand by no puede encasillarse dentro de la figura del aval por las siguientes razones:

El aval es una garantía cambiaria, es aplicable solamente a los títulos valores y como se dijo anteriormente, el documento operativo de la stand by no es un título valor. La stand by se aplica como garantía de cualquier clase de obligación o contrato subyacente, pero no de títulos valores.

En el aval las partes no pueden intervenir para regular la relación jurídica, en la stand by esto si opera pues las partes, por el principio de autonomía de la voluntad pueden establecer un clausulado que se ajuste a sus intereses.

Otra diferencia más es en cuanto al cobro del aval. Este para llevarse a cabo su ejecución debe ser protestado, la stand by no."³⁴

vi Modalidades

a. Garantía de pago

"Con ésta lo que se pretende principalmente es constituir un garante de pago que se obligue personalmente a satisfacer la deuda



de inmediato en caso de incumplimiento de parte del deudor. Así con el solo hecho del incumplimiento se da origen a la responsabilidad por parte del garante."³⁵

"... por la cual se pretende garantizar el pago, o sea a satisfacer la deuda en caso de incumplimiento del deudor. Esta no está referida a garantizar la ejecución de las prestaciones."³⁶

b. Garantía de participación

"La garantía de participación también recibe los siguientes nombres: *garantie de soumission*, *Bietungsgarantie*, *Bid Bond*, *garanzie di mantenimento dell' offerta* o como mejor se le conoce en vista de su utilización práctica en las contrataciones administrativas estatales: garantía de suscripción o de licitación y de garantía de oferta o propuesta.

Algunos autores sostienen que lo que se persigue tanto con ésta modalidad, como con la garantía de cumplimiento por ejemplo, es demostrar a la contraparte, que el oferente o licitante cuenta con la capacidad financiera para llevar a cabo un proyecto. Es por tal motivo ambos tipos de garantías suelen instrumentalizarse mediante un bono emitido por una compañía aseguradora o una institución financiera, que dependiendo del tipo de garantía al que se vea unido es denominado bono de participación o de cumplimiento.

El propósito de la garantía de licitación, es ofrecer garantías de intención por parte del proponente, en cuanto a firmar el contrato por el cual ha abierto concurso la administración pública, o por lo que ha solicitado servicios la empresa privada, antes de ser aceptada la propuesta de dicho oferente.

La garantía de concurrencia de oferta tiene así la función de garantizar al beneficiario sobre el cumplimiento de la firma del contrato por parte del principal, en caso de que la provisión y/o la obra les sea adjudicado. De tal manera, se evita y se garantiza que las compañías que presentan propuestas a una licitación, no retiren éstas o se nieguen a firmar el contrato. Aclaremos que una vez firmado el contrato, la garantía se sustituye con la denominada garantía de cumplimiento."³⁷

"De una forma más clara nos la define VILLEGAS como aquella garantía que tiene la finalidad de *"... asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asume el participante en una licitación internacional o nacional, que básicamente es la 'mantener su oferta' hasta que se decida sobre la adjudicación."*³⁸



c. La Garantía de cumplimiento

"El propósito de la misma es proteger a una de las partes, de aquel o aquellos co-contratantes, a los cuales se les ha adjudicado un contrato y que eventualmente puedan llegar a incumplir, de tal manera que si incumplen sus obligaciones previamente determinadas en el contrato, el beneficiario podrá ejecutar la garantía de cumplimiento. Es utilizada preponderantemente en licitaciones, sin embargo tal ha sido su expansión en diversos tipos de relaciones jurídicas, comerciales o no, que es factible según la doctrina, que la misma pueda emplearse en contratos tales como los de arrendamiento, con el propósito de sustituir el depósito de garantía y en general para cubrir el fiel cumplimiento de las obligaciones del inquilino."³⁹

"Este tipo de garantía tiene por objeto proteger a una de las partes de que su co-contratante incurra en un incumplimiento en la ejecución de la prestación estipulada en el contrato."⁴⁰

d. La Garantía de mantenimiento

"A ésta también se le conoce como garantía de buen funcionamiento, "maintenance bonds o retention money bonds" en Inglés, o bien "garantie de retenu" en francés. Se dice que su utilización es más rara o poco usual en la práctica comercial, tal vez por desconocimiento, o como algunos autores consideran, que la misma, de una forma u otra, ya se ve abarcada o cubierta por la garantía de cumplimiento.

Las garantías en comentario "... tienden a asegurar las obligaciones del vendedor o constructor de obra relativas al mantenimiento de ellas, al "service" o a asegurar su buen funcionamiento durante un lapso. Esta clase de garantía no está mencionada expresamente en las "Normas Uniformes" de la Cámara de Comercio Internacional."⁴¹

e. La Garantía de Retención

"Según esta puede convenirse en dejar en poder del comprador o co-contratante un porcentaje del valor de la obra que garantice la buena construcción o la calidad de la mercadería. De igual forma, se éstas partes pueden convenir que el porcentaje retenido le sea entregado de inmediato al contratistas sin que tenga que esperar hasta el final del período de garantía, para tener en su poder la totalidad del monto del precio de la obra o de la prestación. De



esta manera el contratante o vendedor que pide se le dé la parte retenida, deberá rendir una garantía de retención a favor del co-contratante o comprador. El banco tendría que pagar el porcentaje correspondiente a la parte que debió de retener el comprador o co-contratante en el caso de incumplimiento o sea por los vicios ocultos."⁴²

"... el vendedor y contratista pueden estar obligados con su co-contratante a dejarle en su poder un porcentaje del valor de la obra que garantice la buena construcción o la calidad de la mercadería. Sin embargo, ambas partes pueden convenir posteriormente en que el porcentaje retenido le sea entregado de inmediato a dicho contratista, sin tener que esperar hasta el final del período de garantía, para tener en su poder el monto total de la obra o la prestación que realizó. De ésta manera, el co-contratante podría exigir al contratista, el ofrecimiento de una garantía de retención. De tal forma, que el banco o la institución garante tuviese que pagar el porcentaje, que eventualmente hubiese tenido que dejar de pagar el contratista en poder del co-contratante, en lo que se consideraría al final del período de garantía una especie de daños y perjuicios por los vicios existentes en la prestación."⁴³

3. CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO

i Noción.

"El establecimiento emisor entrega a su cliente, llamado adherente, una tárjela plástica en la cual se menciona su nombre, su domicilio y el número de su cuenta.

En la medida en que el adherente procede a comprar a determinados proveedores, en lugar de pagarle en efectivo o mediante cheque, exhibe su tarjeta, cuyas menciones son reproducidas en la factura y pone luego su firma. El proveedor hace entrega de la factura al establecimiento emisor, que paga su importe. Aquél, generalmente a fines de cada mes, reclama a su adherente el reembolso de las facturas que hubiera pagado.

Esta descripción debería complementarse con dos características importantes: 1) el mecanismo comporta una garantía en favor de los proveedores: el establecimiento emisor se compromete a pagar las facturas hasta un cierto monto, por factura, aun en el supuesto de que el portador de la tarjeta no tuviera crédito suficiente en su cuenta. Más allá del monto fijado el establecimiento emisor no



pagará la factura al proveedor sino con reserva de pago por el adherente. 2) Por otro lado, el mecanismo comporta una posibilidad de crédito para el adherente, el que puede reembolsar los gastos efectuados de forma generalmente escalonada, tratándose de un crédito revolving.

(...)

No interesa, mayormente, precisar el desarrollo internacional de este instituto técnico-jurídico, por cuanto las cifras varían sustancialmente de país a país, dependiendo en buena medida de la envergadura económico-financiera que tuviere."⁴⁴

ii Definición

"El autor antes citado nos proporciona la siguiente: "La tarjeta de crédito es un documento que legitima al portador –previa inserción de su firma en las facturas o en los módulos contables especiales– a adquirir a crédito de los comercios adheridos, mercaderías y servicios, de cuyo pago queda obligado, en primer término, el emisor de la tarjeta.

Esta definición puede ser aplicada a los diversos tipos o clases de tarjeta de crédito; debiendo diferenciarse del otro título estudiado en ese ensayo –tarjeta-cheque– respecto del cual, en síntesis, podría decirse que tiende a procurar dinero u otro medio de pago."⁴⁵

iii Función económica

"En el fondo del análisis puede decirse que la tarjeta de crédito cumple una doble función de acercamiento y de asentamiento del comercio: lo primero, por cuanto el comerciante aumenta su clientela favorecida mediante una facilidad de pago de sus compras, a lo que puede sumarse una cierta modalidad de crédito; lo segundo, por cuanto mediante esta facilidad el comerciante podrá vender más, utilizando las posibilidades que le brinda la intermediación proveída por el establecimiento emisor."⁴⁶

iv Características

"Evelyn Salas y Jaime Barrantes, en su obra "La Cláusula de Interés en un Contrato de Tarjeta de Crédito", señalan, citando a Ghesi, que el contrato de tarjeta de crédito es:

- 1.- Plurilateral: de él surgen obligaciones para cada uno de sus integrantes.
- 2.- Oneroso: las ventajas de los contratantes se obtienen a cambio de una
- 3.- Consensual: requiere del consentimiento de los contratantes.



4-- Conmutativo: En el momento de la celebración del contrato se determinan las prestaciones de cada una de las partes.

5.- Atípico: carece de regulación específica aunque sí goza de tipicidad social.

6.- De tracto sucesivo: las prestaciones no se agotan simultáneamente, sino que sus consecuencias se extienden durante toda la vigencia del documento.

7.- No formal: No se exigen formalidades legales, sin perjuicio de los medios probatorios.

8.- De empresa y por adhesión: la masividad en la demanda determina la creación de condiciones generales a las cuales los clientes se adhieren o no pero no se pueden modificar."⁴⁷

v Sujetos del Contrato

"Con Fariña, podemos señalar en extenso, los sujetos necesarios y eventuales del contrato de tarjeta de crédito:

a.- Emisor o acreditante: empresa que expide la tarjeta.

b.- Titular: es la persona autorizada a utilizar la tarjeta. Puede no coincidir con la persona que ha contratado con el emisor, casos de las empresas que otorgan, tarjetas a sus ejecutivos o para los familiares (cónyuge, hijos, etc.). En estos casos los titulares de las tarjetas son quienes la usan y la figura del solicitante entonces es distinta al del usuario.

c.- Solicitante: es quien se compromete ante la emisora a hacerse cargo de las contraprestaciones resultantes de la emisión y uso de la tarjeta, a saber el pago de la inscripción y de las cuotas periódicas, así como del reembolso de las facturas que el titular haya abonado mediante el uso de la tarjeta de crédito, según los cupones suscritos por el usuario.

d.- Comerciantes adheridos: son los titulares de establecimientos que en virtud del contrato celebrado con la emisora proporcionan al titular de la tarjeta, los bienes o servicios que éste requiera.

e.- Empresas de franquicia: son las autorizadas a utilizar el nombre de determinadas tarjetas de crédito y a ponerlas en circulación.

f.- Avalista: es el garante de la operación; se da cuando la emisora requiere al titular (o en su caso al solicitante) que un tercero garantice sus obligaciones frente al emisor.

En esta sistematización de sujetos que hace Faina podríamos hacer las siguientes precisiones de acuerdo con algunos datos que hemos podido recabar. Primero, que en nuestro sistema algunas empresas se entienden divididas a su interior en empresa operativa, que es la que otorga las tarjetas, y empresa financiera (generalmente un banco), que sería la que otorga las líneas de crédito. Las empresas operativas se comprometen a asegurar la solvencia del



tarjetahabiente que autorizan y si es del caso, si hay mora, la empresa operativa se ve obligada a comprar la deuda a la empresa financiera.

En cuanto a la empresa franquiciante y franquiciada de tarjetas de crédito, algunas se dan con exclusividad y otras optan por tener varias empresas franquiciadas.

En cuanto al avalista, en nuestro medio, el garante también podría ser un fiador.

Se perciben asimismo el funcionamiento de terceras empresas que funcionan como cajas recaudadoras de los pagos del tarjetahabiente a las empresas emisoras. Eventualmente también podrían surgir cesionarios -de la empresa emisora- de los contratos de tarjetas de crédito, pues así se establece en algunos contratos. Igualmente, se otorgan tarjetas adicionales a parientes y funcionarios, y en algunos contratos se habla de una responsabilidad solidaria por el simple uso. También resulta de sumo interés la emisión de tarjetas a menores de edad."⁴⁸

vi Naturaleza jurídica del contrato entre la entidad emisora y el titular

"Sin que deba preocuparnos demasiado todo aquello que tenga atinencia con la naturaleza jurídica de un instituto, estimamos conveniente significar la cuestión en los siguientes términos, analizando el pensamiento de WILLIAMS que la ha expuesto con lujo de detalles, luego de desarrollar las diversas concepciones esbozadas por la doctrina.

El citado autor nacional sostiene que hay una delegación de pago activa, en la cual el emisor es el delegado; el titular de la tarjeta, el delegante y el establecimiento vendedor (comerciante), el delegatario.

El titular y la entidad emisora están vinculados por una relación de provisión que se identifica en un contrato de apertura de crédito, por el cual aquél resulta su beneficiario; ello conforme (para este autor) con el artículo 486 de nuestro Código de Comercio. El emisor, como delegado, asume el pago del crédito que naciera a favor del establecimiento vendedor por las compras o los servicios prestados o por el dinero efectivo entregado al titular de la tarjeta. Éste -y el comerciante- están vinculados por la relación de valor que se sustenta en las adquisiciones efectuadas, los servicios o adelantos que el titular efectúa, se le prestan o las sumas que retira."⁴⁹



vii Naturaleza jurídica de la convención entre la entidad emisora y el establecimiento adherido.

"En general la doctrina está inclinada hacia el reconocimiento como un contrato en favor de terceros. Resulta evidente que el titular de la tarjeta de crédito tiene un interés directo para así poder disfrutar de los -beneficios que emanan del pacto entre el emisor de la tarjeta y los establecimientos comerciales adheridos.

La tesis de la existencia de un contrato en favor de terceros ha sido objeto de crítica por parte de SPADA señalando los inconvenientes que se darían de su aplicación concreta a la convención celebrada entre la entidad emisora y el establecimiento adherido, en los supuestos de negativa del cumplimiento de la obligación o de la revocación. En definitiva, lo que se opina es que no existe un contrato en favor de terceros, sino un contrato con prestaciones al tercero, calificado como contrato normativo unilateral."⁵⁰

viii La tarjeta de crédito como documento.

"Williams critica a los autores que intentan, con mayor o menor precisión, involucrarla dentro de los títulos de crédito. Siguiendo los lineamientos trazados por Fargosi, reconoce en la tarjeta de crédito un medio identificatorio para acceder al ejercicio del derecho; pero en modo alguno, la tarjeta incorpora un derecho distinto de la relación sustancial...; no es otra cosa que instrumento de un contrato, o sea un documento meramente probatorio por medio del cual el titular puede pretender la prestación del vendedor."⁵¹

ix Requisitos

"Con referencia a los requisitos formales encontramos los siguientes:

1) las notas de cargo, documento firmado por el titular de la tarjeta al efectuar la consiguiente operación. Este documento se realiza por triplicado o cuadruplicado, con impresión mecánica de la tarjeta de crédito, quedando uno de los ejemplares en poder del usuario mientras que los restantes son retenidos por el comercio o remitidos al emisor; 2) el resumen que el comercio adherido envía al emisor, con la nómina de las notas de cargo correspondientes; 3) la liquidación que periódicamente el emisor remite al titular de la tarjeta, con los débitos efectuados."⁵²



x Resolución y rescisión del contrato

"(a) Entre el emisor y el titular de la tarjeta puede haber una resolución tácita cuando vencido el plazo convenido para la vigencia del documento, el emisor no emite uno nuevo;

(b) Entre el emisor y el establecimiento adherido dependerá de las condiciones que se pacten. Si no hay fijación de plazo, la resolución puede producirse mediante un preaviso a la contraparte."⁵³

xi Rescisión por culpa del usuario

"Los supuestos son varios, previstos en algunos contratos: a) por mora en el pago del acuerdo; b) cuando a juicio del banco otorgante varíen las condiciones económicas y/o de solvencia del usuario "creando la posibilidad de un incumplimiento eventual"; c) cuando los datos consignados por el usuario en la solicitud fuesen falsos; d) cuando la medida "fuera aconsejable atendiendo a circunstancias de inhibición, embargo, concurso o libramiento de cheques sin fondos por el otorgante; e) cuando el usuario se excediera en el límite de compra asignado por el otorgamiento y no cancelare su importe en el plazo indicado por la cláusula respectiva."⁵⁴

xii Efectos de la rescisión

"La doctrina nacional (WILLIAMS) hace referencia a una cláusula en el punto por la cual la rescisión del contrato importa la cancelación de la tarjeta y el titular o usuario se compromete a devolverla, de inmediato, al emisor, aceptando que la misma pudiera ser retenida por cualquier comerciante adherido al sistema, -con la finalidad de devolverla al banco, renunciando a cualquier acción contra éste o contra el comerciante y, al mismo tiempo, renunciando a exigir la devolución del arancel."⁵⁵ CB 226

xiii Responsabilidad por uso indebido de la tarjeta

"En el supuesto de pérdida, hurto o robo de la tarjeta, su titular debe dar aviso telefónico de inmediato a la entidad emisora, a cuyo efecto se registran los números a los cuales puede llamarse, inclusive en domingos y feriados. Ello, sin perjuicio de complementar esa notificación mediante la denuncia formulada ante la autoridad policial competente."⁵⁶



4. CAJAS DE SEGURIDAD

i Definición

"El contrato de cajas de seguridad se puede definir como aquel en virtud del cual, un banco o una empresa pone a disposición de una persona física o jurídica una caja de seguridad, la cual es variada en su tamaño según sea la necesidad del cliente, dotada de especial seguridad para que éste la utilice guardando sus bienes muebles, con el compromiso del prestador del servicio de establecer todas las medidas de seguridad tendientes a garantizar la inviolabilidad de las cajas y el no acceso a terceros no contratantes de la institución al recinto en el que se guardan dichas cajas. Todo lo anterior contra el pago de una remuneración que deberá efectuar el usuario del servicio."⁵⁷

ii Naturaleza jurídica

"Después de mencionar una cierta multiplicidad de opiniones, al respecto dice Molle: "Es que el banco no se limita, en el contrato, a asegurar el goce de una caja situada en determinado local, que presenta ciertas garantías por su construcción y ubicación. El banco, por ello, no garantiza simplemente la 'actitud' de custodia de la cosa locada, haciéndose responsable en la hipótesis que durante el curso del contrato se demuestre que la calidad de construcción y de solidez no subsistieron. El banco se obliga 'también' a una determinada 'actividad de vigilancia' que no puede hacerse ingresar en la obligación del locador de garantizar el goce pacífico de la cosa alquilada, por cuanto importa la 'predisposición' de un complejo de medidas por cuyo efecto los locales en los cuales se encuentra ubicada la caja están sujetos a vigilancia diurna y nocturna, sino que la propia apertura de aquélla está sujeta a un serie de limitaciones requirentes de la cooperación del banco, en posesión del cual se encuentra la llave de paso.

En síntesis, opera una particular "actividad" del banco que exorbita la naturaleza meramente locativa del contrato, el cual se mueve acorde con las particularidades propias de este servicio bancario."⁵⁸

iii Características

"Según la clasificación mas generalizada de los contratos podemos caracterizar al de cajas de seguridad a nivel doctrinal como: Principal: por cuanto es autónomo de cualquier otra relación jurídica contractual, es decir su existencia no está condicionada por otro contrato. De **Adhesión**: ya que el cliente a la hora de contratar se ve obligado a suscribir una formula preestablecida por el banco tipo "machote", la cual es la misma para todas las



personas según el tipo de caja que necesite, por lo que se ve el cliente imposibilitado de variar las cláusulas según su conveniencia y aceptando los términos impuestos por el banco o empresa. **Bilateral:** debido a que las partes contratantes adquieren obligaciones y derechos recíprocos desde un principio, por lo que son además perfectos, es decir, las obligaciones mutuas nacen desde un principio. **De tracto sucesivo:** por cuanto la actividad que constituye el objeto del contrato no se realiza a través de una sola prestación, sino que se efectúa a través del tiempo. **Oneroso:** lo anterior debido a que se celebran por el interés y utilidad recíprocos de las partes bajo la estipulación de mutuas prestaciones. **Conmutativo:** debido a que la prestación a favor de cada estipulante a cambio de lo que da, consiste en una ventaja cierta. **Consensual:** el mismo se perfecciona por el acuerdo de las partes y no existe entrega porque como se recordará el banco nada recibe de su cliente, sólo se compromete a poner a disposición una caja con las medidas de seguridad aludidas. **Mercantil:** Lo anterior por ser siempre uno de los contratantes una institución de carácter mercantil."⁵⁹

iv Obligaciones del banco

"a- Conceder a su cliente el uso exclusivo de la caja de seguridad, haciéndole entrega de la llave la cual permite al usuario utilizar la cajilla mediante su apertura; cabe mencionar que la caja tiene, por regla general, una doble cerradura que opera, la una, con la llave entregada al cliente, llave individual y, la otra, con una llave genérica que corresponde a todas las cajas de seguridad, pero de manera que ellas no puedan ser abiertas sino con el concurso de las dos; esta particularidad del concurso de ambas llaves nos hace pensar que el cliente no tiene una real disponibilidad del objeto arrendado, pero debemos tomar en cuenta que la finalidad del contrato es la seguridad de lo guardado, además de que el banco no puede negarse sin motivos justificados a las solicitudes de apertura de la caja por parte del cliente, por lo que se ve justificado dicha medida como una modalidad del contrato.

b- Garantizar el acceso del cliente bajo las normas estipuladas en el contrato. Esta obligación está íntimamente ligada a la obligación anterior, ya que bajo las condiciones contratadas debe el banco o empresa conceder el acceso al recinto en el cual estén las cajas de seguridad durante todo el tiempo que en el contrato se haya estipulado y durante los días y horas previstos al efecto. Esta obligación está ligada también a la prohibición de ingreso de extraños garantizando al cliente que sólo él y los demás usuarios,



así como los empleados del establecimiento pueden tener acceso al recinto, previa comprobación de los requisitos solicitados para su ingreso según cada reglamento de cada banco o institución. Se deben tomar en cuenta los casos en que existan terceros autorizados, o bien, representantes que deban actuar en nombre del usuario (sociedades).

c- Garantizar la integridad e idoneidad de las cajas de seguridad, que nace de su obligación de mantener al usuario en el goce de la cosa la cual debe servir durante todo el tiempo del contrato para los fines que se tuvieron en cuenta al celebrarlo.

El Banco deberá tomar todas las medidas de seguridad necesarias para evitar posibles robos o daños causados por la naturaleza (sistemas de alarma para casos de intento de robo o fuego, refuerzo de paredes, mecanismos de ventilación, control de humedad, etc) y en caso de que ocurran deberá responder por ellos. Debemos recalcar que el banco sólo se compromete al resguardo de la cajilla, no de su contenido, por lo que si dado el caso de que un objeto guardado dentro de ella sufriera algún daño o fuera robado, el cliente se verá en la difícil situación de demostrar el contenido de la caja, el estado en que la misma se encontraba y que el daño o robo ocurrido se debe a causas imputables al banco. El problema se convierte en una cuestión de prueba ya que el banco al no recibir objetos en custodia, ni registrarse los objetos guardados, la demostración de dichos daños o robos es sumamente difícil.

Generalmente los bancos no conciben la posibilidad de robo en sus cajillas dada la alta seguridad que ofrecen, por lo que no establecen seguros ni garantías adicionales a las que ya tienen en sus bóvedas. En algunos lugares en los que se ofrece el servicio se establece para casos de pérdidas por robo o hechos de la naturaleza, una póliza de seguro por un monto fijo. Dicho monto tiene que ser fijo por el desconocimiento que tiene el banco de los objetos guardados.

Para el cabal cumplimiento de las obligaciones antes aludidas el banco o establecimiento que brinda el servicio puede reservarse el derecho de admisión de potenciales usuarios que hagan sospechar una posible puesta en peligro de las cajas de seguridad. Además puede el Banco exigir del cliente el pago oportuno de las rentas estipuladas, y por último, proceder de acuerdo a la ley en caso de que el cliente incumpla sus obligaciones."⁶⁰

v Obligaciones del cliente

"a- Pagar la suma acordada en el contrato. Indistintamente de la naturaleza jurídica de las cajas de seguridad, al ser un contrato eminentemente mercantil existe en él la obligación fundamental



del usuario de pagar la remuneración establecida, y como obligación de tracto sucesivo que es, se liquida en relación al tiempo de duración estipulado.

(...)

b- Utilizar la caja de seguridad según los términos acordados. Esta obligación se refiere a que el cliente debe adecuarse al reglamento establecido por el banco en cuanto a los horarios, días, identificación, acceso al recinto, permanencia, etc.

c- Abstenerse de guardar objetos dentro de la caja que pongan en peligro la seguridad de la misma o del recinto. Se deriva de la obligación de usar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia, por lo que el usuario se ve imposibilitado (al menos en teoría) de guardar sustancias corrosivas, explosivas, inflamables, etc. Lo anterior queda relegado a la confianza entre el banco y el cliente.

d- Conservar y devolver la llave a la terminación del contrato. El cliente debe conservar bajo estricto cuidado la llave que le da el banco para abrir su caja de seguridad, y al terminar el contrato deberá devolverla con lo que simbólicamente devuelve la caja. También en caso de pérdida de la llave deberá dar aviso al Banco para que según el caso si éste tiene otra copia se la entregue al cliente. o bien, violente la caja para abrirla y cambiarle su cerradura corriendo los gastos por cuenta del cliente. Cabe aclarar que el banco o institución que presta el servicio muy pocas veces se deja un duplicado de la llave, entregando al cliente las dos únicas copias que se hacen para cada caja. En caso de que el cliente se constituya en mora y se deba desocupar la caja o que se tenga noticias fehacientes de que hay sustancias u objetos que pongan en peligro la seguridad, se deberá romper la cerradura con herramientas especiales. En los casos arriba indicados que deba abrirse la caja por parte del banco se utiliza el sistema de inventario ante un notario público, quedando los objetos guardados dentro de la caja en poder del establecimiento a las órdenes del usuario.

Como contrapartida a las obligaciones del usuario, éste tiene el derecho de entrar libremente al recinto en el cual esté su caja de seguridad y hacer uso de la misma según los términos del contrato. También goza de exclusividad de la caja que le arrendó al banco o institución bajo los términos de seguridad establecidos, y autorizar a sus apoderados o tener cónyuges si los términos del contrato se lo permiten."⁶¹



5. OPERACIONES SWAP

i Concepto

“Las operaciones SWAP corresponden a un conjunto de transacciones individuales mediante las cuales se concreta el intercambio de flujos futuros de títulos valores, asociados con dichas operaciones individuales, siendo posible mediante tal mecanismo, efectuar la reestructuración de uno de estos títulos colocándolo en condiciones de mercado.

El intercambio de tales flujos futuros, tiene como propósitos disminuir los riesgos de liquidez, tasa, plazo o emisor, y permite la reestructuración de portafolios, en donde se logra aportar un valor agregado para el usuario que origina la reestructuración.

Se pueden hacer intercambios de títulos valores de un plazo mayor por varios títulos de corto plazo; tasas de interés de una tasa variable a una fija; o intercambio de deudas por acciones. Esto se hace con la finalidad de generar liquidez, incrementar la tasa, disminuir el plazo o reemplazar emisores del portafolio, dependiendo el riesgo que se pretende disminuir.”⁶²

“Es comprar una moneda al precio spot y simultáneamente venderla a futuro.

Usualmente las corporaciones obtienen préstamos para su beneficio con un tipo de financiamiento pero en realidad prefiere otro, el swaps. Swaps quiere decir intercambio, en este caso se habla de un intercambio de obligaciones, existen dos tipos principales de swaps, los swaps de moneda y los swaps de tasas de Interés. Con un swaps de moneda las partes intercambian obligaciones de interés nominadas en distintas monedas, a su vencimiento, se intercambian las cantidades del principal, por lo general a una tasa de cambio preestablecida. Un swaps de tasa de interés las obligaciones de pagos de intereses son intercambiadas entre dos partes pero se denominan en la misma moneda.

Consiste en una transacción financiera entre dos partes que acuerdan intercambiar flujos monetarios durante un período determinado siguiendo unas reglas pactadas. Su objetivo es mitigar las oscilaciones de las monedas y de los tipos de interés.

Se utilizan normalmente para evitar el riesgo asociado a la concesión de un crédito, a la suscripción de títulos de renta fija, (siendo el interés fijo o variable), o al cambio de divisas. El Swap, como elemento de gestión del pasivo de una empresa, permite pasar de un tipo de deuda a otra.

Las técnicas de intercambio que proporcionan las operaciones Swap



permiten a dos o más partes intercambiar el beneficio de las respectivas ventajas que cada una de ellas puede obtener sobre los diferentes mercados. Para ello debe cumplirse una doble regla básica: Las partes deben tener interés directo o indirecto en intercambiar la estructura de sus deudas y, al mismo tiempo, cada parte obtiene, gracias al Swap un coste de su obligación más bajo.”⁶³

ii Beneficios

“Los SWAP generalmente, son utilizados para reducir los costos y riesgos de financiamiento o para superar las barreras de los mercados financieros, es decir, un Swap es una transacción financiera en la que dos partes contractuales acuerdan intercambiar flujos monetarios en el tiempo. Su objetivo consiste en mitigar las oscilaciones de las monedas y de los tipos de interés.”⁶⁴

iii Función Práctica.

“Una persona o empresa vende al Banco Central de Chile, a través de una institución financiera, una cantidad de dólares al cambio fijado por dicho Organismo para este tipo de operaciones. A la vez adquiere, por este hecho, el derecho de recomprar la misma cantidad de dólares en una fecha fija, a un cambio que se determina tomando como referencia el cambio de venta original, más la variación de la Unidad de Fomento ocurrida hasta la fecha de la recompra, menos un porcentaje equivalente a la inflación externa que determine el Banco Central. Estos derechos, a su vez, generan al vendedor, normalmente, un interés anual pagadero a su vencimiento, en la media que se ejerza la citada opción de recompra.

Es este sentido, generalmente no se persigue la venta de los dólares y su posterior recompra, sino la obtención de recursos financieros en moneda corriente nacional entregando como garantía moneda extranjera. Lo anterior protege a la entidad ante eventuales devaluaciones de la moneda local, pues en el fondo no se ha desprendido en forma definitiva de la moneda extranjera, sino que ha obtenido los recursos financieros necesarios.

Por lo general, la intención de las entidades que suscriben contratos swap es la de ejercer la opción de compra establecida en ellos, a menos que circunstancias inusuales tornen inconveniente esta opción.



Para la entidad que suscriba el contrato swap deberá registrar individualmente para cada uno lo siguiente:

La entrega de sus recursos en dólares al Banco Central, con cargo a una cuenta de activo circulante y abono a la cuenta que registraba los recursos entregados, por el importe al cual se encontraban contabilizados estos últimos (al tipo de cambio aplicable, según sea su origen).

La recepción de caja en moneda nacional, con cargo a la cuenta que corresponda y abono a un pasivo circulante que represente la obligación derivada de la intención de ejercer la opción de recompra.

Las cuentas de activo y pasivo utilizadas para registrar el contrato swap señaladas anteriormente, deberán ajustarse a la fecha de cierre de cada estado financiero, de la siguiente manera:

La cuenta de activo circulante mencionada en el párrafo anterior deberá ajustarse al tipo de cambio aplicable, según sea su origen, vigente a la fecha de cierre del estado financiero.

La cuenta de pasivo mencionada anteriormente deberá ajustarse al tipo de cambio pactado para su recompra vigente a la fecha de cierre del EEFF."⁶⁵

iv Tipos de Operaciones SWAP

a. Swap de Tipos de Interés

"Este tipo de Swap es el más común y busca generarle mayor liquidez, especialmente a una de las partes involucradas en la operación, y a las otras ganancias sobre las adquisiciones aunque a un plazo mayor, en este se juega con los intereses pero las partes tienen en cuenta también los valores y los plazos, por lo general se intercambian intereses de tipo fijo a variable o viceversa, involucrando entonces un riesgo como lo tiene cualquier operación financiera.



- Se suele realizar a través de intermediarios

Este tipo de operaciones permiten intercambiar el principal de las partes en diferentes monedas al tipo de cambio fijado en el mercado, lo cual permite romper las barreras de entrada en los mercados internacionales y negociar en ellos sin mayor dificultad sin necesidad de tener que ir directamente a estos mercados de capital.

Ej.: una empresa desea adquirir maquinaria y materias primas en cierto país pero para realizar la operación es necesario que lo haga en la moneda local, caso parecido ocurre con una empresa de ese país que quiere realizar operaciones en país de origen de la primera; al realizar una operación Swap ambas empresas tiene la posibilidad de intercambiar su principal por la moneda del país contrario para financiar sus operaciones, esta operación le permite disminuir costos y el tiempo que tendría que invertir cada una de ellas si realizara la operación de cambio de divisas de la forma tradicional, y como ya se menciono sin necesidad de tener que ir directamente a estos mercados de capital."⁶⁸

c. Swaps sobre materias primas:

"A través de este tipo de Swap muchas empresas en especial del sector manufacturero han podido generar mayor liquidez para sus organizaciones, en este tipo de transacciones la primera contraparte realiza un pago a precio unitario fijo, por cierta cantidad de alguna materia prima, luego la segunda contra parte le paga a la primera un precio variable por una cantidad determinada de materia prima, las materias primas involucradas en la operación pueden ser iguales o diferentes.

Para las empresas es mucho más favorable realizar estas transacciones pues de esta manera evitan el riesgo de crédito, asumiendo solo riesgos de mercado especialmente de la parte que realiza los pagos variables, la ventaja es que esta ultima puede entrar a negociar precios, calidad etc., de las materias primas, teniendo en cuenta que es la parte que asume mayores riesgos.

Ejemplo: un Swap a tres años sobre petróleo; esta transacción es un intercambio de dinero basado en el precio del petróleo (A no entrega a B petróleo en ningún momento), por lo tanto el Swap se encarga de compensar cualquier diferencia existente entre el precio variable de mercado y el precio fijo establecido mediante



el Swap. Es decir, si el precio del petróleo baja por debajo del precio establecido, B paga a A la diferencia, y si sube, A paga a B la diferencia."⁶⁹

d. Swaps de índices bursátiles:

"El mercado de los Swaps sobre índices bursátiles permite intercambiar el rendimiento del mercado de dinero por el rendimiento de un mercado bursátil, este rendimiento se refiere a la suma de dividendos recibidos, ganancias y/o pérdidas de capital."⁷⁰

v Características

a. Tipo de Riesgo

"Por ser el SWAP un mecanismo de cobertura que permite cubrir los riesgos de mercado, solvencia y liquidez, en la realización de cualquier operación SWAP se deberá indicar la clase de riesgo que esta cubriendo el originador del SWAP, teniendo en cuenta lo siguiente:

Riesgo de Mercado: Se entiende como riesgo de mercado la contingencia de pérdida o ganancia por la variación del valor de mercado, frente al registrado en la valoración del portafolio del inversionista, producto de cambios en las condiciones del mercado, incluidas las variaciones de tasas de interés o tasas de cambio.

Riesgo de Solvencia: Se entiende como riesgo de solvencia la contingencia de pérdida por el deterioro de la estructura financiera del emisor o garante de un título valor, que pueda generar disminución en el valor de la inversión o en la capacidad de pago, total o parcial, de los rendimientos o del capital de la inversión.

Riesgo de Liquidez: Este riesgo considera la necesidad del tenedor del título valor de hacer líquido un título de largo plazo, originando una posible pérdida o ganancia.

(...)El tipo de riesgo deberá ser informado a la Bolsa al momento de ingresar los títulos al sistema de negociación, y en todo caso en el reporte diario de información a que haya lugar."⁷¹

b. Participantes

"En todo SWAP deben participar como mínimo tres tipos de agentes.

Originador: Es quien necesita cubrir un riesgo específico y utiliza la figura de sustitución de títulos -SWAP-. Deberá tomar



una posición de vendedor inicial de un primer título valor originador del riesgo y de comprador final de un segundo título valor que cumpla con las características para cubrir el riesgo de portafolio que dio origen a la operación. Estos tramos de las operaciones SWAP no se sujetarán a precios de mercado, sin embargo, es necesario que las sociedades comisionistas de bolsa obtengan comunicación escrita por parte de éste cliente en la que clara y expresamente manifieste que conoce las condiciones de mercado actuales y está dispuesto a realizar dichas operaciones.

Agente Volteador: Es el encargado de dar vuelta a los títulos valores del originador, actuando como intermediario. Su posición deberá ser neutral y su utilidad estará dada básicamente por la diferencia en los precios, y ésta no podrá ser en ningún caso negativa ni podrá subsanarse con utilidades de otras operaciones independientes al SWAP en cuestión. El volteador solo podrá comprar los títulos en posición definitiva cuando sea previamente autorizado por el originador mediante autorización escrita.

Tercero: Puede ser uno o varios los terceros que intervengan en esta categoría. Es quien vende el (los) título (s) que sustituirá el título originador del SWAP y quien compra el título que dio origen a la operación SWAP. Cuando se presenten dos terceros independientes, estas operaciones se realizarán con el agente volteador y se registrarán por precios reales del mercado."⁷²

vi Encargados de su expedición y forma de hacerlo

“.Intermediarios del mercado cambiario.

.Corredores miembros de las cámaras de compensación de las bolsas de futuros y opciones del exterior, calificados como de primera categoría según reglamentación de carácter general que adopte el Banco de la República.

.Entidades financieras del exterior calificadas como de primera categoría según reglamentación de carácter general que adopte el Banco de la República.

Las transacciones de SWAPS se realizan normalmente por teléfono o internet y se cierra el trato cuando se llega a un acuerdo sobre la tasa de cupón, la base para la tasa flotante, la base de días, fecha de inicio, fecha de vencimiento, fechas de rotación, ley aplicable y documentación.

La transacción se confirma inmediatamente mediante telex o fax seguido de una confirmación escrita. La documentación utilizada en los principales centros monetarios es, por lo general, de una de las dos formas standard, la que ofrece la asociación de



banqueros británicos (BBAIRS) o la asociación internacional de agentes de swaps. " ⁷³

FUENTES CITADAS

- ¹ RODRIGUEZ AZUERO (Sergio), Contratos Bancarios. Colombia, Editorial Legis, 5ª edición, 2002, p. 569. (Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura DA 346.082R696-c5).
- ² HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), La Carta de Crédito con énfasis en la Carta de Crédito Stand By. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, pp. 10 y 11. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2476).
- ³ RODRIGUEZ AZUERO (Sergio), op. cit. p.569.
- ⁴ Ibídem, p. 570.
- ⁵ Ibídem, p. 570.
- ⁶ Ibídem, p. 571.
- ⁷ Ibídem, pp. 570 y 571.
- ⁸ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. p. 35.
- ⁹ Ibídem, p. 35.
- ¹⁰ Ibídem, pp. 35 y 36.
- ¹¹ Ibídem, p. 36.
- ¹² Ibídem, pp. 36 y 37.
- ¹³ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. p.56.



-
- ¹⁴ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), Normativa Internacional de la Carta de Crédito Stand By en el Derecho Costarricense. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997, pp. 3, 4 y 5. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 3148).
- ¹⁵ WINTER IGUALT citado por JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. pp. 5 y 6.
- ¹⁶ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 59 y 60.
- ¹⁷ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. p. 66.
- ¹⁸ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. p. 64.
- ¹⁹ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. p. 28.
- ²⁰ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 64 y 65.
- ²¹ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. pp. 29, 32, 37 y 38.
- ²² Ibídem, pp. 40 y 41.
- ²³ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 65 y 66.
- ²⁴ Ibídem, pp. 66 y 67.
- ²⁵ Ibídem, p.67.
- ²⁶ Ibídem, pp. 68 y 69.
- ²⁷ Ibídem, p.70.
- ²⁸ Ibídem, pp.71 y 72.
- ²⁹ Ibídem, pp.72 y 73.
- ³⁰ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. p. 67.



-
- ³¹ Ibídem, pp. 69 y 70.
- ³² HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 75 y 76.
- ³³ Ibídem, p. 80.
- ³⁴ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. pp. 77, 78 y 79.
- ³⁵ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. p. 90.
- ³⁶ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. p. 65.
- ³⁷ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 92 y 93.
- ³⁸ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. p. 57.
- ³⁹ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. p. 97.
- ⁴⁰ JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. p. 59.
- ⁴¹ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 103 y 104.
- ⁴² JARA TENORIO DE BADILLA (Roxana), op. cit. pp. 63 y 64.
- ⁴³ HERNÁNDEZ MURILLO (Leybi Milena), y LÓPEZ SILVA (Karla Vanesa), op. cit. pp. 104 y 105.
- ⁴⁴ BONFANTI (Mario A.), Contratos Bancarios. Argentina, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 211 y 212. (Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura DA 346.082 B713c).
- ⁴⁵ De Marchi citado por BONFANTI (Mario A.), op. cit. p. 212.
- ⁴⁶ BONFANTI (Mario A.), op. cit. pp. 212 y 213.
- ⁴⁷ AGUILAR M. (Efraín) y ULLOA (Nils Lors), El Sistema de Tarjeta de Crédito, La Tarjeta de Crédito y su Realidad Sociojurídica. San José, Poder Judicial, 1998, pp. 14 y 15. (Localizado en la



Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 347.5 T-187t).

⁴⁸ Ibídem, pp. 16, 17 y 18.

⁴⁹ BONFANTI (Mario A.), op. cit. pp. 213 y 214.

⁵⁰ Ibídem, pp. 214 y 215.

⁵¹ Ibídem, pp. 215.

⁵² Ibídem, p. 216.

⁵³ Ibídem, p. 225.

⁵⁴ Ibídem, p. 225.

⁵⁵ Ibídem, p. 226.

⁵⁶ Ibídem, p. 226.

⁵⁷ APUY SABATINI (Erick Alberto), Las Cajas de Seguridad y su Naturaleza Jurídica en Costa Rica. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1993, p. 66. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2531).

⁵⁸ BONFANTI (Mario A.), op. cit. p. 312.

⁵⁹ APUY SABATINI (Erick Alberto), op. cit. pp. 68 y 69.

⁶⁰ Ibídem, pp. 70, 71 y 72.

⁶¹ Ibídem, pp. 72, 73 y 74.

⁶² BOHÓRQUEZ LAURA (Angélica) y TOVAR BERTRÁN (Andrea). *Operaciones Swap*, [en línea]. Aportado por Dora Linares. Recuperado el 16 de mayo de 2006 de <http://www.gestiopolis.com/canales5/eco/traswap.htm>

⁶³ Swap (2005, 29 de noviembre), Zapotitlán, Estado de Puebla, México. Recuperado el 16 de mayo de 2006 de <http://riie.com.mx/?a=32420>

⁶⁴ BOHÓRQUEZ LAURA (Angélica) y TOVAR BERTRÁN (Andrea), op. cit.



<http://www.gestiopolis.com/canales5/eco/traswap.htm>

⁶⁵ Ibídem.

⁶⁶ Ibídem.

⁶⁷ Swap (2005, 29 de noviembre), Zapotitlán, Estado de Puebla, México. Recuperado el 16 de mayo de 2006 de <http://riie.com.mx/?a=32420>

⁶⁸ BOHÓRQUEZ LAURA (Angélica) y TOVAR BERTRÁN (Andrea), *op. cit.* <http://www.gestiopolis.com/canales5/eco/traswap.htm>

⁶⁹ Ibídem.

⁷⁰ Ibídem.

⁷¹ Ibídem.

⁷² Ibídem.

⁷³ Ibídem.