

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR LA
INDEBIDA GESTIÓN DE SUS RIESGOS EN LA OPERACIÓN
ECONÓMICA DE COMPRA FINANCIADA DE UN INMUEBLE EN
PLANOS”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil

AUTOR

JOSÉ ANTONIO CAMPOS BERMÚDEZ

ASESOR

DR. RÓMULO MORALES HERVIAS

JURADO

DRA. SHERALDINE PINTO OLIVEROS

DR. LEYSSER LUGGI LEON HILARIO

DR. RÓMULO MORALES HERVIAS

LIMA – PERÚ

2016

RESUMEN

La nueva estructura trilateral: consumidor-proveedor-financiado (evidencia de la crisis del principio de relatividad de los contratos), se presenta en la adquisición de un inmueble en planos porque comparte la misma estructura coligada (cohesionada con el contrato de préstamo promotor). Detrás de las aparentes autónomas tres relaciones jurídicas: banco-promotor, consumidor-promotor y banco-consumidor, existe realmente una relación trilateral, una *operación económica global* cuya causa concreta o función económica, es la inscripción tanto de la propiedad del consumidor como la hipoteca que garantizó su adquisición, gracias a la cual, todos satisfacen sus intereses: con la inscripción de la fábrica (y venta de sus unidades inmobiliarias), el promotor culminará su proyecto y pagará al banco el préstamo que lo permitió iniciarlo; el banco obtendrá la garantía de los préstamos finalistas y; los consumidores obtendrán la inscripción de su adquisición.

Se han presentado una serie de conflictos generados *prima facie* por incumplimientos de promotores inmobiliarios (edificios no construidos, inconclusos, no inscritos, inscritos pero con cargas, con demora en la entrega, con defectos en la construcción, etc.), conflictos frente a los cuales nos preguntamos ¿el banco pudo evitarlos?, ¿puede ser culpable de que por una inadecuada gestión de sus riesgos, esa *operación económica global* se frustre o genere daños?

El Código de Consumo no ha recogido las normas del derecho europeo sobre crédito al consumo, ni ha prestado atención al fenómeno de la coligación negocial como operan las tres relaciones jurídicas indicadas. No se reconoce que los problemas descritos constituyan falta de idoneidad de los servicios financieros. Además, no se imputa responsabilidad en los bancos, debido a que tanto en los contratos de adquisición como en los contratos de préstamo finalista (de adhesión), se incluyen cláusulas de exoneración de su responsabilidad por los incumplimientos del promotor, vallas infranqueables para los consumidores, en un sistema legalista de pobre desarrollo jurisprudencial y desactualizada doctrina.

Pretendemos colaborar en las bases dogmáticas para fijar la responsabilidad civil de los bancos, a fin que ellos cumplan un rol vigilante, acorde con su especialidad profesional, poniendo atención para ello en el último desarrollo que ha alcanzando su gestión de riesgos, la misma que postulamos repensando el derecho civil, incide en la valoración de su conducta diligente. Se busca con ello, la revigorización de su culpabilidad.

Nos aproximamos a este propósito a través de tres figuras jurídicas: (i) la coligación negocial (echando mano de la causa en la interpretación conjuntamente con la *contra proferentem*) (ii) la gestión de riesgos típicos de la actividad bancaria incorporados a su diligencia profesional y (iii) a través de una adecuada tutela de la confianza del consumidor a crédito hacia el *sistema experto* que representa la actividad bancaria.

Damos cuenta de cómo se va delineando una tercera vía que incorpora el riesgo en la culpa, a corriente de la necesidad de controlar y gestionar los riesgos operacionales y de crédito de la actividad bancaria, que hemos tratado en clave de responsabilidad civil, primero en un aspecto general y en el capítulo final en relación concreta con nuestro problema de estudio.

INDICE GENERAL

Introducción.....	6
-------------------	---

CAPITULO I

LA OPERACION ECONOMICA DE LA COMPRA FINANCIADA DE UN INMUEBLE EN PLANOS

1. Estructura de la operación económica global.....	11
1.1 El promotor inmobiliario.....	11
1.2 El financiamiento de la obra. El contrato de préstamo promotor.....	12
1.3 El contrato de compraventa de bien futuro. La preventa.....	13
1.4 El financiamiento del precio de venta. El contrato de préstamo finalista.....	13
1.5 La colaboración entre el banco y el promotor en la operación económica global.....	14
2. El desdoblamiento de la operación económica bilateral de venta a plazos y la indefensión del consumidor a crédito.....	15
2.1 El desdoblamiento de la operación económica bilateral de venta a plazos.....	16
2.2 La necesidad del crédito para la adquisición de la vivienda.....	17
2.3 Estado de desprotección del consumidor en esta nueva estructura trilateral....	18
3. Reacción del Derecho frente al fenómeno económico del desdoblamiento de la operación y la vinculación negocial.....	19
3.1 Tratamiento legislativo en Europa a la modalidad de vinculación de la adquisición a crédito.....	21
3.2 Los contratos para la adquisición de inmuebles se encuentran excluidos de la aplicación de las directivas de crédito al consumo.....	22
3.3 La flexibilidad del máximo tribunal europeo para incluir en este esquema negocial a los contratos de financiamiento de vivienda.....	23
3.4 La colaboración relevante entre el proveedor y el financiador. La unidad económica.....	24
4. Problemas de estudio: edificios no construidos, inconclusos, no inscritos, inscritos pero con cargas, etc. Estado de la cuestión.....	25
4.1 Estado de la cuestión. El consumidor a crédito en el Perú.....	26
4.2 Valoración crítica.....	27

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DESDE LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL. REPENSANDO EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS EFECTOS CONTRACTUALES

1. La relatividad contractual en la dogmática moderna.....	29
1.1 El contrato en la dogmática moderna y su vinculación con la idea de la relatividad. Su horizonte histórico.....	29
1.2 La relatividad no es consustancial al fenómeno contractual, sino una característica del contrato moderno apreciada hoy recortada.....	31

1.3	La coligación como expresión del poder supraestatal del mercado.....	31
1.4	Crisis del principio de relatividad de los contratos.....	32
2.	Noción de contratos coligados y la coligación concreta.....	33
2.1	Noción de contratos coligados.....	33
2.2	El acento en la operación económica.....	35
2.3	La causa en concreto como método objetivo de interpretación.....	36
2.4	La interpretación objetiva <i>contra proferentem</i> como sucedáneo de la causal.....	39
2.5	Revisión de la categoría de partes en la operación económica de adquisición a crédito.....	41
2.6	La relatividad de la autonomía como regla y la conexión de la autoridad como excepción.....	42
3.	Valoración crítica. La coligación como estrategia de <i>repensamiento</i> del Derecho Civil.....	42

CAPÍTULO III

APROXIMACION AL PROBLEMA DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR LA INDEBIDA GESTION DE LOS RIESGOS DE SU ACTIVIDAD

1.	Notas sobre los criterios de imputación.....	46
1.1	La responsabilidad subjetiva: la culpa.....	46
1.2	La responsabilidad objetiva.....	46
1.3	Noción de riesgo.....	47
1.4	El Riesgo como criterio de imputación.....	47
1.5	Riesgo de empresa.....	48
2.	La responsabilidad de la empresa bancaria frente al consumidor.....	50
2.1	La responsabilidad de las entidades financieras: del derecho común a la tutela consumerista.....	50
2.2	Perfiles de la culpa profesional. Del profesional liberal a la empresa profesional.....	52
2.3	La responsabilidad profesional de las entidades financieras.....	53
2.4	La responsabilidad agravada del experto en la actividad. La <i>lex artis</i>	54
2.5	Los sistemas expertos y la actividad financiera.....	55
3.	La gestión de los riesgos en la actividad bancaria.....	56
3.1	El riesgo en los servicios financieros y la justificación de su regulación por el Estado.....	56
3.2	Antecedentes del tratamiento de los riesgos bancarios.....	57
3.3	El Riesgo Operacional y su importancia.....	58
3.4	Fuentes o factores de riesgo operacional.....	59
3.5	El Riesgo de Crédito.....	60
3.6	Riesgo en el otorgamiento de crédito al sector constructor.....	61
3.7	Políticas y estrategias establecidas para hacer frente a los riesgos relacionados con el sector promotor e inmobiliario.....	62

4. Responsabilidad civil bancaria por la indebida gestión de los riesgos de su actividad profesional.....	63
4.1 La responsabilidad bancaria por servicio defectuoso.....	63
4.2 El riesgo en la culpa. La tercera vía.....	65
4.3 Posición personal: comunicando la disciplina financiera con el derecho de la responsabilidad civil.....	65
4.4 Sigue posición personal: la culpa bancaria por la indebida gestión de sus riesgos.....	66

CAPÍTULO IV
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR LOS DAÑOS AL
CONSUMIDOR FINALISTA EN LA OPERACIÓN ECONOMICA COLIGADA
DE COMPRA FINANCIADA DE UN INMUEBLE

1. La responsabilidad de los banco en la jurisprudencia española y argentina .69	69
1.1 La solución española. La Ley 57/1968 y la jurisprudencia que la consolida.....	69
1.1.1 Obligación de devolución del dinero adelantado por incumplimiento del promotor en España. La Ley 57/1968.....	69
1.1.2 La jurisprudencia española refuerza la protección de la Ley 57/1968 y se pronuncia sobre la mala praxis bancaria.....	70
1.1.3 Contratos vinculados al margen de la Ley de Crédito al Consumo LCC. La conexión causal.....	72
1.1.4 La conexión causal en la jurisprudencia valiente.....	73
1.2 La solución de la jurisprudencia argentina.....	75
2. Bases para establecer la responsabilidad civil de los bancos en la operación económica estudiada en el Perú.....	79
2.1 Aplicando la figura de la coligación negocial.....	79
2.1.1 La interpretación de los contratos de esta operación económica global.....	79
2.1.2 Coligación concreta establecida a partir de la interpretación teleológica o causal de la operación económica.....	80
2.1.3 El Código de Consumo favorece la interpretación causal.....	82
2.1.4 Efectos del establecimiento de la coligación. Los remedios de la excepción de incumplimiento, resolución de contrato y acción de responsabilidad civil.....	84
2.2 Aplicando los riesgos de la actividad bancaria en el examen de la conducta diligente del banco.....	85
2.3 Aplicando la tutela de la confianza en el sistema experto bancario.....	89
Conclusiones.....	93
Bibliografía.....	99

Introducción

El desdoblamiento de la antes considerada única operación contractual de venta a plazos, en dos operaciones: contrato de adquisición y contrato de préstamo proporcionado por un tercero (el banco), ocasionó un déficit de protección al consumidor en la medida que ante el incumplimiento del proveedor, el consumidor no podía plantear contra el financiador los mecanismos de defensa típicos como la excepción de incumplimiento y la resolución contractual. Esta situación fue remediada en la Unión Europea¹ hace casi 30 años, mediante el reconocimiento de la coligación o vinculación entre ambos contratos, posibilitando la comunicación de sus vicisitudes.

Esta nueva estructura trilateral (consumidor-proveedor-financiador), que rebasó los parámetros del derecho civil moderno poniendo en evidencia la crisis del principio de relatividad de los efectos contractuales, se presenta también en la adquisición de un inmueble en planos porque comparte la misma estructura coligada y diríamos que ésta es aún mayor, porque se dispone adicionalmente de un contrato que cohesiona la operación. Nos referimos al contrato de *préstamo promotor* o de financiamiento de la construcción de edificios de viviendas.

Y es que como se analizará en el primer capítulo, detrás de las aparentes tres relaciones jurídicas autónomas que se presentan en esta operación económica: banco-promotor, comprador-vendedor y banco-comprador, en realidad existe una gran relación jurídica trilateral, una *operación económica global* que tiene como causa concreta o función económica, la inscripción tanto de la propiedad del consumidor como la hipoteca que garantizó su adquisición.

De esta manera, el banco, el promotor inmobiliario y el consumidor podrán satisfacer sus respectivos intereses. En efecto, con la conclusión de los edificios (inscripción de su fábrica) y la venta de sus unidades inmobiliarias, el promotor verá culminado su proyecto y pagará al banco el préstamo promotor que lo permitió iniciarlo, éste por su parte tendrá la garantía de los nuevos préstamos a los consumidores finalistas y éstos obtendrán el reconocimiento y publicidad de su dominio en el registro.

No obstante, hemos podido observar que con el incremento de los proyectos inmobiliarios experimentado en nuestro país, se han presentado una serie de conflictos generados *prima facie* por el incumplimiento de los promotores inmobiliarios, tales como edificios no construidos, edificios inconclusos, edificios no inscritos, edificios inscritos pero con cargas, edificios con demora en la entrega, con defectos en la construcción, etc., conflictos de los que ha dado cuenta los medios de comunicación y el Indecopi.

Frente a esta problemática sin una adecuada solución, cabe preguntarnos ¿el banco pudo evitar que se produzcan estos eventos, imputables a priori al promotor inmobiliario? Si como ya ha quedado expresado, los intereses del banco y de su cliente finalista se satisfacen con la inscripción de la propiedad y la hipoteca en el registro, y el banco es un proveedor profesional obligado a gestionar los riesgos típicos de su actividad (previendo que el incumplimiento del promotor inmobiliario ocasionará la insatisfacción de sus propios

¹ La Directiva 87/102 de la Unión Europea aprobada el 22 de diciembre de 1986 contempló una tutela especial del consumidor a crédito. Esta norma comunitaria fue actualizada por la Directiva 2008/48/CE del 23 de abril de 2008.

intereses y de su cliente consumidor) ¿no podría ser culpable el banco de que por una inadecuada gestión de los mismos, esa *operación económica global* se frustrase o genere daños? Estas son las principales interrogantes que nos proponemos responder en este trabajo.

Lo inspira el que esta relación trilateral no viene siendo adecuadamente tratada por los operadores del derecho, pues por los problemas descritos, el Indecopi, cuando ha sido requerido, solo sanciona a los promotores inmobiliarios y eventualmente les ordena medidas correctivas, pero no involucra en sus decisiones a las entidades financieras. Esto se explica porque no son éstas las proveedoras del bien cuya falta de idoneidad es sometida a su tribunal administrativo. Y es que se considera que la participación de los bancos se limita al otorgamiento del préstamo para la adquisición del bien, lo que constituye un servicio financiero. Tampoco el Poder Judicial ha tratado estos problemas desde la perspectiva de la responsabilidad civil bancaria.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N° 29571 (Código de Consumo) aprobado hace 5 años, no ha recogido las normas del derecho comparado sobre crédito al consumo, ni ha prestado suficiente atención al fenómeno de la coligación o vinculación negocial en que se desenvuelve las tres relaciones jurídicas antes indicadas. El consumidor a crédito es un concepto que carece de definición normativa en nuestro país.

En la parte relativa a los productos inmobiliarios cuyos precios de venta son financiados por los bancos (numeral 77.4), solo señala que son éstos los que detallan las condiciones del financiamiento de acuerdo a las disposiciones contenidas en el código y las emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Privadas de Fondos de Pensiones.

Este sistema de protección se encuentra limitado por el influjo del poder de las entidades financieras pues no solo se delega en ellas la potestad de detallar las condiciones del préstamo, en el marco del sistema legal financiero, sino que además se establece el principio de especialidad a favor de éste.

Este es el estado de la cuestión. Los bancos solo son denunciados ante Indecopi cuando se trata de falta de idoneidad de los servicios financieros, pero no se reconoce que los problemas descritos aquí, constituyan este tipo de infracción. Además, al no ser competente para otorgar resarcimientos, los consumidores dañados tienen que recurrir al Poder Judicial.

Ocurre además que ninguna de ambas tutelas imputando responsabilidad en el banco, son exploradas por los consumidores afectados debido a que tanto en los contratos de adquisición como en los contratos de préstamo finalista (de adhesión), se incluyen cláusulas de exoneración de responsabilidad de los bancos por los incumplimientos del promotor o la falta de idoneidad del bien que ofrecen; impedimentos que se han visto infranqueables por los abogados de los consumidores, en un sistema legalista como el nuestro, de pobre desarrollo jurisprudencial y desactualizada doctrina.

El objetivo de este trabajo es colaborar en el establecimiento de las bases dogmáticas para fijar la responsabilidad civil de las entidades financieras y promover que éstas tengan los incentivos para que cumplan un rol vigilante, más diligente acorde con su especialidad

profesional, en la consecución de los fines del negocio inmobiliario, esto es, que se culmine el edificio y que cada comprador inscriba su derecho en el registro.

Esta responsabilidad podrá ser adecuadamente establecida si ponemos especial atención al último desarrollo que han alcanzando la gestión de riesgos de los bancos, los mismos que inciden en la valoración de su conducta diligente y que es menester comunicar y refrendar en el derecho civil. No se trata de la objetivización de su responsabilidad sino de la revigorización de su culpabilidad.

La aproximación del derecho a los fenómenos conflictivos descritos, podrá realizarse a través de tres figuras jurídicas: (i) la coligación negocial (echando mano de la causa en la interpretación conjunta) (ii) la gestión de riesgos típicos de la actividad bancaria incorporados a su diligencia profesional y (iii) a través de una adecuada tutela de la confianza del consumidor a crédito hacia el sistema experto que representa la actividad bancaria.

Ulrich Beck decía que los riesgos de la modernización son un *big business*, necesidades insaciables que buscan los economistas, pues se puede calmar el hambre y satisfacer las necesidades, pero los riesgos de la civilización son un *barril de necesidades sin fondo*, inacabable, infinito, autoinstaurable. Es preciso por ello -agrega el autor, desplegar y analizar el potencial político de la sociedad del riesgo en una sociología y en una teoría del surgimiento y difusión del *saber de los riesgos* (1998: 29).

Algo de eso queremos hacer en el tercer capítulo del trabajo. Por eso, luego de un breve repaso sobre las nociones de culpa y riesgo como criterios de imputación, daremos cuenta de cómo se va delineando una tercera vía que incorpora el riesgo en la culpa.

En relación a los riesgos, daremos cuenta de cómo la quiebra de los bancos generó la necesidad de controlar y gestionar los riesgos de su actividad. Así surgió y se institucionalizó el riesgo operacional y se consolidó el riesgo de crédito. Ambos han sido ampliamente tratados en clave de gestión financiera, pero lo que vamos hacer aquí es tratarlos en clave de responsabilidad civil, primero en un aspecto general y en el capítulo final en relación concreta con nuestro problema de estudio.

En el presente trabajo se empleará el método dogmático, dado que resulta indispensable revisar la figura de la coligación negocial, sin embargo no vamos a ocuparnos con amplitud de su aspecto teórico, ni desarrollar su clasificación, requisitos para su configuración, ni sus perfiles patológicos, pues de esto se ha encargado con mucha solvencia Walter Vásquez en una tesis que representa el mejor y más amplio trabajo que se ha dedicado a esta figura en nuestro país y sobre cuyas bases vamos a trabajar, al menos en el segundo capítulo.

Pretendemos sí dar cuenta de cómo la operación económica objeto de nuestro estudio constituye una de las manifestaciones de la figura de la coligación negocial.

Se empleará asimismo el método comparado dado que esta figura de la coligación negocial ha surgido en Europa, en los países tributarios del derecho romano germánico y ha alcanzado en ellos un alto grado de desarrollo legislativo que dista mucho del que tenemos en nuestras fronteras.

Finalmente, por una facilidad de acceso y presentar los mismos problemas que aquí se han detectado, revisaremos la solución que les ha dado la jurisprudencia española y argentina.

No podemos dejar de ofrecer unas breves palabras de agradecimiento al mencionado joven profesor Walter Vásquez, por habernos facilitado el archivo de su tesis, cuya lectura consolidó la confirmación de la aún precaria hipótesis inicial de este trabajo, acerca de que la coligación era una de las herramientas de solución. Agradecemos también al profesor Rómulo Morales por referirnos materiales vinculados con esta y otras figuras jurídicas.

Agradecemos finalmente a los profesores de esta maestría, Juan Espinoza, Leysser León, Renzo Saavedra, José Gabriel y René Ortiz por guiar, sin proponérselo, esta investigación, con cada lección, comentario o respuesta a mis interrogantes efectuadas en clase o fuera de ella, y principalmente por demostrarnos con su impronta, la necesidad de la reflexión académica en nuestra hermosa profesión.



CAPITULO I

LA OPERACIÓN ECONÓMICA DE LA COMPRA FINANCIADA DE UN INMUEBLE EN PLANOS

En este capítulo analizaremos como si bien los proyectos de edificación de unidades inmobiliarias, se estructuran a través de tres relaciones jurídicas autónomas: la primera entre el banco y el promotor inmobiliario por el préstamo que aquel otorga a éste para la edificación (préstamo promotor), la segunda, entre el vendedor (y a su vez promotor inmobiliario) con el comprador para la adquisición del bien y la tercera entre este último con el banco que financia la adquisición del bien (préstamo finalista); en realidad todas ellas conforman una sola relación jurídica trilateral, una *operación económica global*.

Ahora bien, no es posible formular un análisis jurídico de esta operación económica sin referirnos a la evolución de la operación económica bilateral de venta a plazos, en que ella se inserta y que fuera desdoblada en un contrato de adquisición de bienes y servicios de consumo y en otro de crédito. Y es que como anota Alpa, entre las partes (comprador y proveedor) se inserta la institución del crédito o del financiador de la operación, quien se erige como el nuevo “acreedor” (2004: 162). Esto, desde luego, es aplicable también para la adquisición del bien de mayor valor: la vivienda.

Repasaremos en este aspecto, cómo desde el punto de vista jurídico, el consumidor que suscribía el contrato de adquisición de un lado y el de financiamiento con un banco del otro, se encontraba, en comparación con el comprador de una venta a plazos, en una situación de desprotección que se manifestaba en la imposibilidad de utilizar, en caso de incumplimiento del vendedor, de la excepción de incumplimiento y la resolución del contrato, debido ello al principio de la eficacia relativa de los contratos; y cómo después de constatarse este estado de indefensión, el Derecho europeo tuvo que reaccionar a través de la jurisprudencia y la doctrina primero y la legislación después.

Se establecerá cómo esta realidad de la estructura trilateral, se manifiesta también en la adquisición de un inmueble en planos, considerada una de las vías de acceso al derecho a la vivienda, y éste uno de los principales bienes de consumo, vinculado además a otros derechos fundamentales (López 2014: 4 y ss.); y cómo la operación de su compra comparte la misma estructura coligada, y diríamos que ésta es aún mayor, porque se dispone adicionalmente de un contrato que cohesiona la operación: el contrato de *préstamo promotor*.

Finalmente, veremos como en nuestro país, pese a que tenemos un código en materia de protección al consumidor de reciente data, a contracorriente de sus pares europeos, no ha contemplado un adecuado y orgánico reconocimiento al consumidor a crédito. En efecto, nuestro código, inexplicablemente, no ha recogido las normas del derecho comparado sobre crédito al consumo, ni ha prestado suficiente atención al fenómeno de la vinculación

negocial en que se desenvuelve las relaciones jurídicas antes indicadas. El consumidor a crédito es un concepto que carece de definición normativa en nuestro país.

Daremos cuenta también del problema de investigación, esto es, la indefensión del comprador frente a situaciones tales como edificios no construidos, edificios inconclusos, edificios no inscritos, edificios inscritos pero con cargas, etc., respecto de lo cual nos formulamos las siguientes preguntas de investigación, cuyas respuestas se irán esbozando en esta primera parte del trabajo.

¿El banco pudo evitar que se produzcan estos eventos, imputables a priori al promotor inmobiliario? Si los intereses del banco y del cliente finalista se satisfacen con la inscripción de la propiedad y la hipoteca en el registro, y el banco es un proveedor profesional que gestiona sus riesgos de manera especial presupuestando así que el incumplimiento del promotor inmobiliario (su cliente) ocasionará la insatisfacción de sus propios intereses y el de sus clientes finalistas ¿no es acaso culpable el banco de que por una inadecuada gestión de sus riesgos contractuales, esa operación económica global se frustre o genere daños?

1. Estructura de la operación económica global

1.1 El promotor inmobiliario

Empecemos con la descripción del agente que da inicio a la operación: el promotor inmobiliario. La norma sectorial² lo define como la persona natural o jurídica, pública o privada, que de manera individual o en asociación con terceros, identifica oportunidades de inversión, obtiene el financiamiento, ejecuta la obra directamente o bajo contrato con terceros, administra, promueve y comercializa una edificación, para la posterior venta o alquiler a terceros.

En el ámbito del sistema de protección al consumidor, el promotor inmobiliario es considerado como proveedor típico pues es tratado especialmente en el Código de Consumo, que le dedica el Capítulo IV del Título IV y esto se explica por la dinámica del sector de la construcción que ha generado una abundante casuística por la falta de idoneidad de productos o servicios de este tipo.

Básicamente se regula en él la obligación del promotor inmobiliario de proporcionar información sobre las características del inmueble, sobre la documentación del procedimiento de titulación así como sobre los materiales empleados en la construcción y en los acabados.

En lo que atañe al interés de este trabajo, en el inciso f del Art. 77.1, se establece que en la venta de inmuebles sobre planos o de bienes futuros, el proveedor debe devolver el íntegro de los pagos adelantados efectuados por todo concepto a sola solicitud del consumidor, en caso de que la prestación no se llegue a ejecutar por causas atribuibles al proveedor. Se precisa más adelante en el inciso h que el proveedor debe proporcionar el documento que acredite la aprobación del proyecto de habilitación urbana o el anteproyecto de arquitectura, según corresponda.

² Art. 9 del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobado mediante D.S. N° 011-2006-VIVIENDA publicado el 08.06.06.

1.2 El financiamiento de la obra. El contrato de préstamo promotor

El contrato de préstamo promotor que permitirá financiar la operación, no tiene regulación en la norma sectorial de edificaciones, la cual no se ocupa del banco financiador como agente sujeto de derechos y responsabilidades en la ejecución de estos proyectos inmobiliarios³.

Este contrato tampoco tiene regulación en el sistema de protección al consumidor, que solo contempla la posibilidad de financiamiento del precio de venta al consumidor final, esto es, el préstamo a los compradores de las unidades de vivienda, pero no se ocupa del préstamo otorgado para la construcción del edificio compuesto por aquellas. Esto es así porque el promotor inmobiliario que desarrolla una actividad empresarial no es considerado consumidor.

No obstante esta falta de regulación especial, los bancos desde hace mucho tiempo, a la par con el boom inmobiliario de las últimas décadas, tienen un producto denominado *préstamo promotor*, que consiste precisamente en una línea de financiamiento para la construcción de proyectos inmobiliarios (BBVA Continental), un financiamiento a la construcción que se adapta a las necesidades del constructor y/o promotor de viviendas, que lo asesora y financia desde el inicio hasta el fin (Banco de Crédito).

Los requisitos comunes que los bancos exigen para el otorgamiento de los préstamos son el currículum de la empresa promotora, sus estados financieros e información crediticia de ella y los accionistas, así como memoria descriptiva, planos, presupuesto de la obra, anteproyecto aprobado o licencia definitiva de obra, entre otra documentación relacionada al proyecto.

Se trata este préstamo promotor de uno con garantía hipotecaria, pues para el desembolso se tiene que constituir hipoteca de primer rango a favor del banco sobre el terreno y todo lo que se construya en el mismo, es decir es un crédito cuyo pago es garantizado con el predio matriz sobre el cual se efectuará la edificación.

Adicionalmente y demostrando el grado de colaboración jurídicamente relevante como veremos más adelante, entre el banco y el promotor inmobiliario en la ejecución del proyecto, este producto financiero comprende un asesoramiento del banco al promotor, publicidad gratuita de su proyecto en la web y las agencias, algunas veces licencia de uso de la marca del banco, entre otras características.

Cabe añadir que este contrato de préstamo promotor es predispuesto por el banco, es decir se trata de un contrato de adhesión, el primero de los que dispone esta *operación económica global*, dando cuenta ello del poder de los bancos en la operación.

³ Son actores del proceso de edificación de acuerdo con el Art. 1 y siguientes del D.S. N° 011-2006-VIVIENDA, el propietario, el promotor inmobiliario, los profesionales responsables del proyecto, las personas responsables de la construcción, las municipalidades, las personas responsables de la revisión de proyectos y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

1.3 El contrato de compraventa de bien futuro. La preventa

Luego del otorgamiento del crédito promotor, éste con la colaboración del banco hará la preventa de los departamentos, la que se realiza antes que concluya la edificación de los mismos. Es generalmente en esta etapa que se logra vender la mayor cantidad de unidades inmobiliarias. Ahora bien, si éstos aún no existen, la compraventa que se efectúa es de bienes futuros.

Esto que se ha denominado comercialmente preventa, o venta en planos, es formalizado mediante un contrato de compraventa de bienes futuros que se celebra al amparo de lo dispuesto en el Art. 1534 del Código Civil, contrato que está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia, lo cual ocurrirá cuando el bien se inscriba en el registro.

Esta modalidad de contrato ha dado operatividad a este tipo de proyectos inmobiliarios, pues ha permitido que el promotor acceda a recursos dinerarios (las cuotas iniciales) desde antes y durante la construcción de la obra, posibilitándole con ello el amortizar al banco las cuotas del préstamo promotor y ha permitido también que el banco financiador incorpore nuevos clientes a quienes ofrecen los nuevos préstamos (préstamos finalistas), que forman parte de esta *operación económica global*.

En los contratos de compraventa de bienes futuros se identifica la unidad inmobiliaria vendida y se describe el bien, pero se señala que el mismo se encuentra en proceso de construcción, es decir que se trata de un bien futuro cuya entrega se efectuará en un plazo determinado.

Asimismo, en este contrato se establece que parte del precio de venta (por lo general entre el 70 y 90%), será financiado con el préstamo finalista que el comprador obtenga del banco, el cual generalmente es el mismo que otorgó el préstamo promotor. Esto forma parte del diseño de esta *gran operación económica global*. Como vamos observando, el banco es el eje de este proyecto inmobiliario, pues contrata con el promotor de un lado y con el consumidor finalista del otro. Más adelante cuando tratemos la colaboración que determina la vinculación contractual entre estos contratos, nos ocuparemos más acerca de este preponderante rol del banco.

Este contrato si bien es predispuerto por el promotor, sí es factible que los compradores le introduzcan algunas limitadas modificaciones, sobre todo relacionadas con el precio, su forma de pago y acabados del bien.

1.4 El financiamiento del precio de venta. El contrato de préstamo finalista

El Código de Consumo contempla en sus Arts. 77.3 y 77.4 la posibilidad de que el financiamiento del precio de venta o parte de él sea efectuado mediante el mismo proveedor o mediante una entidad financiera, respectivamente, siendo este último supuesto lo más común y de lo que trata este trabajo.

El préstamo que otorga el banco finalista al comprador del bien destinado al pago del saldo del precio, se formaliza mediante un contrato de préstamo dinerario con garantía hipotecaria sujeta a condición suspensiva. Como ya hemos señalado, de acuerdo con el

diseño de la operación, el banco prestamista de este crédito es el mismo banco que otorgó el préstamo promotor.

En este contrato se describe las condiciones del préstamo, plazos, intereses, seguros y demás datos aplicables, pero lo que más interesa a este trabajo, es que por lo general este negocio jurídico se causaliza, pues se estipula que la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura que se describe en el contrato de compraventa.

Es decir este contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, tanto así que en la mayoría de los casos, el contrato de préstamo constituye una cláusula adicional inserta en el contrato de adquisición, conformando ambos la misma escritura pública, el mismo kardex notarial.

Además, el préstamo que otorga el banco al comprador del bien para el pago del saldo del precio, es entregado directamente al promotor inmobiliario a una cuenta que éste tiene en el mismo banco, de donde éste podrá debitar las cuotas del préstamo promotor. El consumidor solo firma el voucher.

En este contrato se acuerda que la hipoteca se encuentra sujeta a la condición suspensiva de que el bien llegue a existir en un determinado plazo, es decir, la misma condición del contrato de compra venta de bien futuro.

Este es el segundo contrato predispuerto por el banco, cuyas cláusulas son inmodificables de modo que el consumidor solo puede aceptarlas o rechazarlas en su conjunto. Esto consolida el preponderante poder y rol del banco en esta operación, iniciada con la suscripción del primer contrato también de adhesión celebrado con el promotor. Sobre los cuestionamientos y efectos de esta forma de contratación nos ocuparemos en el capítulo final.

Como podemos observar, detrás de esas tres relaciones jurídicas obligatorias: banco-promotor, comprador-vendedor y banco-finalista, en realidad existe una gran relación jurídica trilateral, con un interés común: que se concluya la obra y que los departamentos, antes bienes futuros, adquieran existencia jurídica con su inscripción en el registro. De esta manera el banco podrá satisfacer sus intereses: el cobro del crédito otorgado al promotor y la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito otorgado a los prestatarios finalistas, es decir aquellos que compraron los departamentos con el financiamiento del banco.

1.5 La colaboración entre el banco y el promotor en la operación económica global

Entre el banco financiero y el promotor inmobiliario, existe lo que se ha denominado una *unidad económica*⁴, una colaboración de mutuo beneficio que se consolida en el hecho que

⁴ Concepto que proviene de la jurisprudencia alemana desde 1956, admitido por la doctrina y recogido en la legislación de ese país y en las directivas de crédito al consumo (unidad comercial). Los tribunales alemanes identificaron desde 1956 la existencia del nexo de unión entre las relaciones del contrato de adquisición y el de crédito con el concepto de wirtschaftliche Einheit (unidad económica), de acuerdo con el cual podía hablarse de una comunicación recíproca de vicisitudes entre los contratos cuando el grado de imbricación interna entre ellos era tal que ninguno se hubiera conuido sin el otro. Luego la Verbrauchercreditgesetz, Ley

para el desarrollo de este proyecto inmobiliario, de esta *operación económica global*, el banco que otorgó el préstamo promotor es el mismo que otorga los préstamos finalistas a los compradores de las unidades inmobiliarias.

Demostrando el grado de colaboración jurídicamente relevante, el producto financiero de préstamo promotor comprende, como decíamos antes, un asesoramiento del banco al promotor, publicidad gratuita de su proyecto en la web y las agencias, y algunas veces licencia de uso de la marca del banco. Además, la captación de los consumidores compradores de las unidades inmobiliarias, es realizada por el mismo banco, a través de sus ejecutivos de cuentas (dentro del proyecto o en el mismo banco) o a través del ejecutivo del mismo promotor.

Otro fuerte indicio de vinculación negocial lo constituye el hecho de que el préstamo que otorga el banco al comprador del bien para el pago del saldo del precio, es entregado directamente al promotor inmobiliario a una cuenta que éste tiene en el mismo banco, de donde éste podrá debitar las cuotas del préstamo promotor. El consumidor, solo firma el voucher.

El banco además conserva un fondo de garantía que es cubierto con una parte de los desembolsos de los préstamos finalistas, garantía que será entregada al promotor al término de la operación, es decir, cuando se cancele el préstamo promotor, lo cual ocurre cuando se inscribe la fábrica y se independizará las unidades inmobiliarias. Este fondo sin embargo, solo beneficia al banco, aunque debería beneficiar también a sus clientes, con quienes tiene suscritos los préstamos finalistas. Ello en caso el promotor no cumpla con sus obligaciones.

Como ya lo anotamos antes, como corolario de la imbricación contractual, tenemos que el negocio jurídico del préstamo finalista se causaliza, pues se estipula que la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura que es descrito en el contrato de compraventa. Es decir, este contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, tanto así que en la mayoría de los casos, el contrato de préstamo constituye una cláusula adicional inserta en el contrato de adquisición, conformando ambos la misma escritura pública, el mismo kardex notarial que se presentará así a registro.

2. El desdoblamiento de la operación económica bilateral de venta a plazos y la indefensión del consumidor a crédito

Como decíamos al inicio, no es posible formular un análisis jurídico de la operación económica estudiada sin referirnos a la evolución de la operación económica bilateral de

alemana de Crédito al Consumo (1990) prescindió del requisito del acuerdo previo en exclusiva para aplicar los efectos de la vinculación, ratificando lo construido en su jurisprudencia, en el sentido de exigir solo que las relaciones constituyan una unidad económica, acreditada ella a partir de elementos objetivos de cooperación. Esta noción de unidad económica fue incorporada luego (2002) en el numeral 3 del parágrafo 358 del BGB, el cual define a los contratos vinculados (Verbundene Verträge) así: “Un contrato de adquisición de bienes o servicios de otra naturaleza, y un contrato de crédito se hallan conectados, si el crédito sirve total o parcialmente a la financiación del otro contrato y ambos forman una unidad económica. En particular, una unidad económica existe cuando el empresario financia la contraprestación del consumidor o, en caso de financiación por tercero, cuando el prestamista se sirve de la colaboración del proveedor en la preparación o conclusión del contrato de crédito”.

venta a plazos, en que ella se inserta, operación económica que fue desdoblada en un contrato de crédito y en otro de adquisición de bienes y servicios de consumo.

El consumo y el crédito son como el anverso y reverso de una misma medalla, en el marco de la contratación, al punto que se dice que vivimos a base de crédito y que la sociedad de consumo al contado ha dado paso a la sociedad de crédito al consumo (Álvarez 2008: 30). Esto, desde luego, es aplicable también para el acceso al bien de mayor valor: la vivienda.

Se establecerá a continuación como esta realidad de la estructura trilateral, se manifiesta también en la adquisición de un bien inmueble, cuya compra comparte la misma estructura coligada.

2.1 El desdoblamiento de la operación económica bilateral de venta a plazos

En la primera mitad del siglo pasado, la clásica operación económica de venta bilateral a plazos se desdobló en dos contratos distintos: compraventa y préstamo. Sin embargo desde la perspectiva del consumidor (antes que se produzca el desarrollo del concepto mismo), esta operación económica de compraventa financiada era idéntica a la bilateral venta a plazos, pues en ambos casos el comprador recibe un bien y queda obligado a pagar el precio en cuotas, solo que en la venta a plazos el destinatario de los pagos era el mismo vendedor, mientras que en la compraventa financiada lo era el prestamista.

Se reconocen tres estadios en la evolución de esta operación económica⁵: la primera como ya se dijo de la venta bilateral a plazos (con reserva de dominio si se trataba de bienes duraderos), la segunda de la venta financiada por un agente no bancario vinculado al proveedor y la tercera de la venta financiada por una entidad financiera profesional, cuya intervención “no es producto del azar, sino de exigencias del mercado y de un acuerdo planificado con el proveedor del bien, **con una evidente conexión funcional**, puesto que la compraventa y el crédito se han concertado con unidad de causa para facilitar al consumidor la adquisición de un bien o servicio” (Marín 2010: 28).

Fue la moderna industria del automóvil la que empieza por romper el clásico esquema de comercialización de venta a plazos y la que determinó la transformación de las técnicas de concesión de crédito, al permitir el ingreso al mercado de bienes de alto costo que no estaban al alcance de cualquier persona y cuya financiación resultaba imposible para el proveedor, cuya prioridad para mantener el negocio, era la recuperación inmediata de su inversión en la producción (Escuin 2002: 13-14).

De ahí surge la necesidad de la actividad de los agentes de financiación, primero con cierta vinculación económica con el proveedor y después a un nivel más avanzado, el de las entidades del sector financiero, emergiendo así la nueva estructura trilateral de la adquisición a crédito. Este fenómeno económico sin embargo se presenta en un estadio aún “pre-jurídico” y tal como infiere Ferrando, dado que la conexión no se regula en el código civil, sino que ésta “nace en la exigencia económica”(citado por Tito 2009: 26).

⁵ Esto ha sido ampliamente tratado por diversos autores, entre quienes destacan, Irene Escuin Ibáñez (2002: 9 y ss.), Georgina Álvarez Martínez (2008: 85 y ss.), Manuel Marín López (2010: 23 y ss.), Salvador Bergel y Martín Paolantino (1999: 281 y ss.); y entre nosotros Walter Vásquez Rebaza (2011: 183-198).

Ahora bien, es importante destacar que el instrumento de ingeniería financiera que hizo posible el surgimiento de esta estructura trilateral, fue la práctica de **cooperación comercial y financiera entre vendedor y financiador profesional**. En efecto, el primero quería aumentar sus clientes, pero como no disponía de la liquidez suficiente para financiarlos masivamente (o teniéndola no la quería arriesgar), recurrió a la cooperación del segundo, lo cual le permite además, sustituir un deudor desconocido y de incierta solvencia, por otro conocido y solvente (el banco), aun cuando ello implique ceder espacio a este agente de mayor poder de presión e influencia, quien por su parte, busca valorizar sus activos monetarios realizando su propia actividad y sin asumir los riesgos propios de la operación financiada (Álvarez 2008: 100-101).

Los bancos así obtienen importantes ventajas, puesto que la gestión del préstamo se la hace el proveedor a través de sus propios empleados, lo que permite al banco un ahorro de personal y la captación además de nuevos clientes que aquel le remite y a los que vende sus productos financieros, favoreciendo en consecuencia su actividad típica (Marín 2010: 28-29).

Es así como esta fórmula de financiación llega a convertirse en el “motor” de las nuevas transformaciones económicas y jurídicas, impactando positivamente en el mercado que se adapta a ella y es la principal razón de que se incremente el nivel de demanda de las adquisiciones a crédito (Tito 2009: 34). Ahora bien, el objeto del financiamiento ahora, como anota Piepoli ya no se restringirá al automóvil, sino que abarcaría otros bienes de consumo duraderos de alto costo (citado por Vásquez 2011: 186).

De este modo, tanto prestamista como vendedor hallan en la concertación una manera efectiva de optimizar las ventajas y reducir riesgos legales. Este “acuerdo de cooperación” y su consecuencia, la descomposición de la adquisición de bienes a crédito en dos contratos independientes, se convirtieron en los dos sucesos claves del ulterior tránsito de la bilateralidad a la trilateralidad que presentaba la nueva operación de adquisición a crédito (Tito 2009: 35).

Como lo destacó en su oportunidad David Caplovitz, la *cash society* ha sido reemplazada por la *credit society* en la cual cada vez más refinadas técnicas han transformado al “consumidor-pagador” en “consumidor-adquirente a crédito” (citado por Alpa 2004: 165).

2.2 La necesidad del crédito para la adquisición de la vivienda

El crédito en la actualidad interviene en muchas de las relaciones de intercambio que se entablan en el proceso económico. Está presente, en las del suministrador de las materias primas con los productores, entre éstos y los mayoristas, entre éstos y los minoristas y, finalmente, en la última etapa, facilita a los consumidores el acceso a los más variados bienes y servicios. El consumo y el crédito son como el anverso y reverso de una misma medalla, en el marco de la contratación, al punto que se dice que vivimos a base de crédito y que la sociedad de consumo al contado, ha dado paso a la sociedad de crédito al consumo (Álvarez 2008: 30). Esto, desde luego, es aplicable al acceso del bien de mayor valor: la vivienda.

El incremento de la población en el pasado siglo, de la vida urbana y la modernización de las ciudades, generaron la necesidad de vivienda que empezó a cubrirse a través de

financiamientos bancarios. Esta necesidad de financiamiento se inserta no solo dentro del fenómeno de desdoblamiento de la originaria operación económica de venta a plazos antes descrito, sino que la desborda pues como la vivienda constituye un bien duradero y el activo más importante de la población en esta sociedad de consumo, su compra sólo resultaba viable mediante la disponibilidad de un crédito de largo plazo, debido a que sus precios son muy superiores a los ingresos de los potenciales adquirentes.

En efecto, como anota bien Alpa, el crédito se dirigió también a las familias de reciente formación y está vinculado con este fenómeno en fuerte expansión de la adquisición de la propiedad de la vivienda familiar (2004: 165).

En relación al derecho a la vivienda es importante señalar que si bien la Constitución de 1993 eliminó su consagración como derecho fundamental reconocido en la Constitución de 1979, al ser nuestro país parte de una serie de tratados de derechos humanos que contemplan el derecho a la vivienda (de igual rango constitucional), tales como La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, tal supresión carece de efecto, de modo que este derecho de “segunda generación”, merece una atención especial por parte del Estado, con miras a su eficacia progresiva.

Se considera precisamente al derecho de consumo como una garantía para la realización del derecho a la vivienda y el que describe las obligaciones estatales legislativas para su protección. Se firma además, que el derecho a la vivienda está vinculado a otros derechos fundamentales y a las premisas del Estado Social (López 2014: 4 y ss.).

Actualmente conocemos que el modelo más tradicional de movilización de recursos financieros para la vivienda es aquel que se basa en el proceso de intermediación privada en el sistema financiero, reservando para el Estado, un rol fundamentalmente normativo y subsidiario aportando capacidad de compra para los estratos de menores ingresos. De ahí la importancia de que el Estado provea de mecanismos tutelares idóneos para la defensa del consumidor que adquiere una vivienda a crédito.

2.3 Estado de desprotección del consumidor en esta nueva estructura trilateral

Desde el punto de vista jurídico, el consumidor que suscribe el contrato de adquisición de un lado y el de financiamiento con un banco del otro, se encuentra, en comparación con el comprador de una venta a plazos, en una situación de desprotección que se manifiesta en la imposibilidad de utilizar, en el caso de incumplimiento del vendedor, de los clásicos instrumentos contractuales: la excepción de incumplimiento y la resolución del contrato. Ello debido al principio de la eficacia relativa de los contratos. (Marín 2010: 25).

En la situación anterior de bilateralidad de la venta a plazos, ante el incumplimiento del proveedor del bien, el consumidor sólo perdía las cantidades pagadas, mientras que en la compraventa financiada pierde eso y queda además obligado a cumplir frente al financiador, con las cuotas pendientes de pago. En efecto, entre los remedios de que dispone el adquirente tiene especial importancia la excepción de incumplimiento, medio de autotutela destinado a evitar que el incumplidor pretenda obtener injustificadamente la prestación comprometida por la otra parte. En la relación bilateral, está claro que el

consumidor goza de una protección adecuada que impedirá, como se ha dicho, la consumación de una injusticia (Bergel y Paolantino 1999: 285).

En cambio cuando interviene una tercera parte financiadora, en una única operación económica (que combina varios contratos distintos), ocasiona una mayor precariedad en la posición del consumidor, lo cual constituye el problema característico y más relevante del crédito al consumo. Y es que la independencia de los contratos (el efecto relativo de los mismos), autoriza, por un lado, al financiador a exigir del consumidor la restitución del importe del crédito, aun cuando el proveedor no hubiera cumplido debidamente con su obligación. Además, para reforzar la no interferencia del contrato de consumo sobre la relación contractual de financiación, se incorporan en esta última, cláusulas que expresamente impiden la oposición de las excepciones derivadas del primero (Álvarez 2008: 111 y 114). Esto genera como señala Lorenzetti, una “indudable cautividad del cliente que se ve asfixiado entre las diversas murallas construidas por los contratos conexos” (2003: 351).

En este inequitativo esquema, la entidad financiera tiene derecho a reclamar del consumidor, el importe de cada una de las cuotas en que se divide el crédito, sin que éste pueda alegar las referidas vicisitudes del contrato de compraventa. Ante esta imbricación del negocio de base, si bien el consumidor puede accionar contra el proveedor por incumplimiento contractual, carece de defensas ante la entidad financiera; estado de indefensión éste que se ha calificado de “irritante desde el punto de vista de la justicia” (Bergel y Paolantino 1999: 285).

3. Reacción del Derecho frente al fenómeno económico del desdoblamiento de la operación y la vinculación negocial

El escenario parcial del crédito al consumo pertenece al más amplio escenario de la sociedad de consumo, determinada por el desarrollo de la industria y el crecimiento exponencial en el pasado siglo de la comercialización de bienes y servicios en un mercado cada vez más grande. Este escenario es el mismo también desde luego al del crecimiento de la vivienda en las ciudades, de la proliferación de edificios de departamento, en fin del desarrollo también exponencial del mercado inmobiliario.

De este gran escenario económico surge la tutela del consumidor, el destinatario precisamente de esos bienes y servicios, tutela que se constituye como uno de los límites al gobierno de la sociedad por parte de las reglas del mercado, con el propósito de “introducir reglas de equilibrio de los intereses en juego” (Alpa 2004: 42-43).

Estamos hablando de un escenario en el que el consumidor final se encontraba frente al último vendedor que le entregaba la mercadería, como el único responsable visible en la cadena de ventas, pero al cual después la doctrina y la jurisprudencia modernas habían reconocido la posibilidad de accionar directamente contra el fabricante, el más remoto, en esa la larga cadena.

Esa acción que se denomina directa, porque el fabricante no interviene en el contrato celebrado entre el consumidor y el último vendedor minorista, se reconoció de naturaleza contractual y fue fundamentada al inicio, forzando los más diversos institutos del derecho tradicional (la estipulación a favor de terceros, la cesión tácita de créditos, la subrogación en

los derechos del deudor, etc.), pero no fueron pocas después las sentencias⁶ que saliéndose de este esquema, consagraron la posibilidad de accionar al consumidor contra el fabricante, fundada en la equidad, posibilidad que no era admitida aun por la vía legal.

Esto fue posible gracias a observar el despliegue dinámico del contrato, es decir su fase de cumplimiento, ya que los puntos de contacto entre los diversos contratos de la cadena se daban en su aspecto económico, en la unidad de operatoria económica a la que confluyen los distintos contratos. En efecto, en la casi totalidad de los supuestos de coligación contractual, el punto de contacto de los sucesivos contratos (como en la compra financiada de un inmueble en planos), se da en la operación económica unitaria.

Corresponde ahora repasar cómo después de esta reacción del derecho a través de la doctrina y jurisprudencia, serán las leyes las que consagrarán soluciones (no siempre totales) a los problemas surgidos de esas operaciones económicas unitarias conformadas por dos o más contratos autónomos. Y es que solamente tras advertir los déficits de protección jurídica que tenía el consumidor que celebraba contratos vinculados, en comparación con el comprador de una (bilateral) venta a plazos, afirma Marín, se comprenden las razones por las que los legisladores europeos⁷ debieron intervenir y señalar sus fines: dotar al

⁶ López Frías (1994), cita varios fallos pioneros que juzgamos importante citar: "Las partes, en el ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida, con un solo acto, a contratos diversos y distintos, que aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aún permaneciendo sometidos a su propia disciplina, sin embargo están coligados entre sí, funcionalmente y con dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez y ejecución" (Corte di Cassazione Italiana, sentencia del 18 de octubre de 1960); "Si se resuelve un contrato debe deducirse la resolución de otro distinto siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexas e inscindibles, desde el punto de vista económico debido a la unidad del fin perseguido" (Corte D' Appello di Napoli, sentencia del 31 de octubre de 1966); "Cuando se redama el cumplimiento de un contrato, cabe oponer al actor el incumplimiento del contrato conexo a aquel, si las prestaciones en cuestión son correlativas" (Corte di Cassazione italiana, sentencia del 11 de marzo de 1981); "En la hipótesis de varios contratos coligados entre sí, es inadmisibles el desistimiento de uno solo cuando con ello se rompa el equilibrio de toda la relación negocia" (Corte di Cassazione Italiana, sentencia del 27 de febrero de 1976); "Aquel que impugna varios negocios jurídicos deduciendo su conexión funcional está legitimado para hacerlo induso siendo extraño a uno de ellos, en cuanto que si existe conexión, existe también legitimación" (Corte di Cassazione Italiana, sentencia del 29 de noviembre de 1973).

⁷ Francia fue el primero en regular la concesión del crédito desde la perspectiva de tutela del consumidor: Artículo L311-21 del Code de la Consommation (1978): "Cuando el pago del precio del bien o servicio es total o parcialmente financiado por un préstamo otorgado por el proveedor o por un tercero sobre la base de un acuerdo celebrado entre dicho tercero y el proveedor, el ejercicio del consumidor de su derecho de desistimiento conlleva la anulación de pleno derecho del contrato de crédito destinado a garantizar el financiamiento, sin costo o indemnización, con la eventual excepción de los gastos efectuados para la apertura de la línea de crédito". La Ley italiana N° 142 (1992) primero y después el Artículo 42° de Codice del Consumatore (2005): "En los casos de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios, el consumidor que haya efectuado inútilmente la constitución en mora tiene derecho de actuar contra el financiador en los límites del crédito concedido, a condición de que exista acuerdo que atribuye al financiador la exclusiva para la concesión de crédito a los clientes del proveedor. La responsabilidad se extiende también al tercero, al cual el financiador haya cedido los derechos derivados del contrato de concesión de crédito". En Alemania, sus tribunales identificaron desde temprano (1956) la existencia del nexo de unión entre las relaciones con el concepto de wirtschaftliche Einheit (unidad económica). Ver nota 4. En el Derecho norteamericano en 1976 se promulgó Preservation of Consumer's Claims and Defenses Rule, a partir de la cual se dedara la vinculación entre todos los contratos de crédito destinados a financiar una compraventa y por tanto la posibilidad de plantear frente a la entidad financiera tantas las acciones como excepciones que tiene su origen en el negocio de adquisición. Ello a partir de la obligación que recae en el financiador, de expresar en el contrato las relaciones de colaboración existentes con el proveedor, caso contrario su conducta se considerará desleal y engañosa.

consumidor, en la compraventa financiada, de una protección en ningún caso inferior a la que ostenta un comprador en una bilateral venta a plazos (2010: 27).

Desde la óptica del consumidor, la necesidad jurídica que se ajusta a nivel de la lesión del derecho de crédito, reside en la **ampliación del radio de la responsabilidad civil de los empresarios** que participan en la adquisición a crédito. Consecuencia de ello, no es ya sólo el proveedor quien responde por la lesión, como si se tratara de la existencia de un vínculo bilateral, sino lo es también el prestamista, dada la **vinculación funcional** entre el contrato de crédito y el de adquisición. De esta manera, el consumidor tiene la posibilidad real de “oponer” in extenso contra los dos empresarios las acciones o las excepciones que crea pertinentes a la reparación del derecho de crédito lesionado (Tito 2009: 64-65).

La finalidad económica global, esto es, la adquisición financiada de un bien, pone en entredicho la independencia y ajenidad entre los contratos autónomos suscritos (el de la compra y el préstamo), y patentiza la presencia de un nexo vinculante entre ellos, vinculación que es una consecuencia de la colaboración más o menos planificada entre el proveedor y el financiador, para permitir a los consumidores el acceso a los bienes o servicios con aplazamiento del pago (Álvarez 2008: 156).

3.1 Tratamiento legislativo en Europa a la modalidad de vinculación de la adquisición a crédito

El contrato de crédito al consumo o la adquisición a crédito, es una modalidad de vinculación o coligación que ha merecido un reconocimiento legislativo desde hace ya varias décadas en Europa, pues a diferencia de los contratos coligados comunes que si bien tienen un reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de larga data, no reciben aun un tratamiento y sistematización en los principales códigos europeos. Ha sido entonces la legislación en materia de protección al consumidor la que se ha adelantado a su reconocimiento.

La Directiva 87/102 de la Unión Europea sobre crédito al consumo, que reconoce esta modalidad de vinculación contractual, fue aprobada el 22 de diciembre de 1986 y ha sido recogida por varios países de la unión como España, Alemania, Italia, Francia y Gran Bretaña. Esta norma comunitaria fue reemplazada por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, con el fin de uniformizar su aplicación para todo el viejo continente.

Inicialmente la Directiva 87/102/CEE en su artículo 11 dispuso que el consumidor está facultado para dirigirse contra el prestamista en caso de incumplimiento del vendedor, siempre que haya reclamado a éste previamente sin éxito, y los dos contratos puedan considerarse vinculados a partir del cumplimiento de determinados requisitos; en particular el que se refiere a la existencia de un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes suministrados por este último.

Esta Directiva dejó un amplio margen a cada Estado para que establezca qué concretos derechos puede ejercitar el consumidor contra el prestamista. Sin embargo lo que ha sido materia de crítica es la delimitación del supuesto de los contratos vinculados. En efecto, “la exigencia de una relación de exclusividad entre el prestamista y el proveedor de los bienes

de servicios supone una restricción importante al número de casos que pueden calificarse como contratos vinculados” (Marín 2010: 33).

Tiempo después, según el Art. 3.n de la Directiva 2008/48/CE, para que exista un “contrato de crédito vinculado” es necesario que concurren dos presupuestos: (1) que el contrato en cuestión sirva exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios específicos; y (2) que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. Se abandona así, con acierto, el requisito del “acuerdo previo en exclusiva” recogido en la Directiva de 1987.

El recurso a la unidad comercial es muy interesante y se afirma que ella existe cuando el proveedor del bien o servicio financia el crédito al consumo, y también, si ese financiador es un tercero, cuando éste se sirve “de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito” (Marín 2010: 41). Además el Art. 15.1 establece que siempre que el consumidor desista del contrato de consumo, quedará liberado del contrato de préstamo.

3.2 Los contratos para la adquisición de inmuebles se encuentran excluidos de la aplicación de las directivas de crédito al consumo

No podemos dejar de reseñar que tanto en la Directiva 87/102/CEE como en la Directiva 2008/48/CE, se excluyen los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un bien inmueble, así como aquellos contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir. La pregunta es ¿y eso porqué? ¿Obedece ello a razones técnicas dogmáticas, o simplemente a razones de técnica legislativa?

Veamos. En el preámbulo de la Directiva 2008/48/CE solo se señala que dichos contratos “conviene” excluirlas “dado que este tipo de crédito tiene un carácter muy específico”. Esta “explicación” desde luego no puede ser satisfactoria desde el punto de vista técnico dogmático.

Se sostuvo solo que la posibilidad de flexibilización que tienen los estados miembros de establecer medidas más estrictas para proteger al consumidor, conlleva excluir otras operaciones que, al no trasuntar peligros reales, bien por su escasa duración, su cuantía irrelevante, o por la solemnidad de la transacción, no necesitan una protección especial (Álvarez 2008: 63).

Se consideran por eso excluidos de protección de la directiva: los contratos de crédito o promesas de crédito destinados a la inversión inmobiliaria, los contratos de arrendamiento, excepto cuando a su término determinen la transmisión del dominio a favor del arrendatario, los créditos gratuitos, los que no devenguen interés y tengan previsto el reembolso en un solo pago, los que devengando interés tengan previsto el reembolso en un plazo no superior a 3 meses o como máximo 4 pagos dentro de un plazo que no exceda los 12 meses, los créditos en forma de anticipos en cuenta corriente, los créditos cuyo importe sea inferior a 200 ECUS o superior a 20.000 ECUS.

Sobre la “conveniencia” de la exclusión no nos ocuparemos ahora por razones de espacio, solo diremos que es evidente que ha existido un retardo en el reconocimiento como consumidor, del cliente de servicios financieros, pese a que ya existía una legislación especial en algunos países y un desarrollo jurisprudencial en otros, que no negaban la aplicación de la tutela del consumidor a crédito a los contratos de financiamiento inmobiliario. Citemos como ejemplo a la Ley francesa N° 78-22 del 10 de enero de 1978, relativa a la información y protección de los consumidores en el ámbito de ciertas operaciones de crédito (integrada sin modificaciones en los arts. L. 311-1 y ss. del Code de la Consommation), que solo se limita a establecer que es aplicable a toda operación de crédito.

Es pertinente añadir que la Ley alemana de Crédito al Consumo de 1990, no solo prescindió del requisito del acuerdo previo en exclusiva para aplicar los efectos de la vinculación (ratificando lo construido en su jurisprudencia que exigía solo que las relaciones constituyan una unidad económica, acreditada a partir de elementos objetivos de cooperación), sino que además comprende dicha norma igualmente a los préstamos de *leasing* e hipotecarios (Reifner 2003: 205).

3.3 La flexibilidad del máximo tribunal europeo para incluir en este esquema negocial a los contratos de financiamiento de vivienda

Consideramos importante a los fines de este trabajo y a nuestra postura sobre la aplicabilidad de la tutela que contempla estas normas de crédito al consumo, a los contratos para la adquisición de vivienda, referirnos a la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 12 de julio de 2012, que resuelve una cuestión planteada por el órgano jurisdiccional de Rumanía sobre la adecuación a la Directiva europea, de su normativa sobre crédito al consumo que contemplaba su aplicación a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, no obstante que ellos estaban excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

La consulta viene en relación a un caso en el que la entidad de crédito Volksbank concedió a un consumidor un préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria y el contrato se celebró antes de que entre en vigor la ley rumana de crédito al consumo. Ocurre que esta entidad financiera impugnó ante los tribunales, alegando que algunas de las disposiciones de dicha ley eran contrarias al art. 22.1 de la Directiva 2008/48/CE, que establece el principio de armonización máxima o plena.

El TJCE resolvió al respecto que si bien la Directiva pretende conseguir una armonización total para garantizar que todos los consumidores de la Unión puedan beneficiarse de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior, ella no es de mínimos, sino de máximos, por lo que en caso de que no existan normas armonizadas, los Estados miembros son libres para mantener o adoptar sus normas nacionales.

En ese sentido, basándose en el considerando 10 de la Directiva 2008/48, sostiene el referido tribunal, que los Estados miembros pueden, de conformidad con el Derecho de la Unión, **aplicar lo dispuesto en dicha Directiva a sectores no comprendidos en su ámbito de aplicación.**

No hay dudas entonces de que los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria o los contratos de préstamo para la adquisición de una vivienda, actualmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, puedan sin problema por el legislador nacional europeo, ser considerados aplicables en una ley, sin perjuicio claro está además, de que ello ocurra por la vía jurisprudencial.

3.4 La colaboración relevante entre el proveedor y el financiador. La unidad económica

Como se ha tratado al inicio de este capítulo cuando describimos la colaboración en la operación económica estudiada, en el caso también de la operación de crédito al consumo, la imbricación de los contratos la mayoría de las veces no es advertida por el consumidor quien, frecuentemente asimila en una misma posición económica al proveedor y al financiador, a quien frecuentemente no se le ve la “cara” (López 1994: 73). Lo que aprecia el consumidor es como también decíamos, una unidad económica⁸ entre proveedor y financiador.

El perfil global de la operación, y el alto grado de compenetración de los intereses de las partes contratantes con mayor poder en la negociación, desdibujan prácticamente, la autonomía negocial del consumidor, quien habitualmente no estipula la financiación directamente con el banco, sino que es el proveedor el que la induce y la gestiona, entregando al consumidor, los formularios de solicitud de crédito que previamente han sido enviados en blanco por el banco, a quien, una vez completados, le serán remitidos nuevamente (Álvarez 2008: 105).

Además, el consumidor en la mayoría de los casos ni siquiera recibe el dinero prestado por el financiador, sino que autoriza su transmisión al proveedor, lo cual manifiesta la relación de colaboración entre estos últimos.

Recogiendo la amplia experiencia del derecho comparado en esta materia, entre nosotros Vásquez (2011: 193-194)⁹ ha elaborado un elenco (lista negra y lista gris) de indicios

⁸ Concepto que proviene de la jurisprudencia alemana desde 1956, admitido por la doctrina y recogido en la legislación de ese país y la legislación de crédito al consumo como unidad comercial. Ver notas 4 y 7.

⁹ “Lista negra: (i) La entidad financiera y el proveedor conducen por escrito un acuerdo marco a través del cual la primera se compromete a conceder crédito a los clientes del vendedor. (ii) La entidad financiera y el proveedor mantienen, aún sin conducir por escrito acuerdo alguno, una relación comercial continuada y dilatada en el tiempo. Dichas relaciones se hacen más evidentes cuando ambos profesionales pertenecen a un mismo grupo de empresas o cuando la fundación de la entidad crediticia responde expresamente a las necesidades financieras del proveedor. (iii) El consumidor, al celebrar los contratos de provisión y financiamiento, tiene contacto directo únicamente con el proveedor y no con el financiador. (iv) El proveedor colabora con la entidad financiera en la preparación y/o en el perfeccionamiento del contrato de financiamiento. Ello se evidencia especialmente cuando el proveedor posee los formularios de solicitud del préstamo. Lista gris: (i) En los formularios contractuales del contrato de provisión y de crédito existen cláusulas que remiten recíprocamente a la otra relación contractual. En particular, ello se evidencia en los siguientes supuestos: a) El contrato de financiamiento incluye referencias detalladas sobre características y precio del bien a ser provisto. b) El contrato de provisión informa sobre la cuantía del crédito, los intereses y el número de plazos en que debe ser reembolsado. c) Existe coincidencia entre el precio del bien y el importe nominal del préstamo. d) En ambos documentos contractuales se hace mención de que el incumplimiento del consumidor adquirente frente a la entidad financiera implica la devolución del bien adquirido. e) El contrato de provisión incluye cláusulas que condicionan su eficacia a la suscripción del préstamo. El contrato de préstamo incluye cláusulas que condicionan su eficacia a la ejecución del contrato de provisión. f) El contrato de préstamo menciona expresamente el negocio concreto al que van destinadas las cantidades prestadas. g) El

objetivos relevantes capaces de acreditar el interés en la coordinación, y desde luego, la aplicación de efectos propagadores de la coligación.

4. Problemas de estudio: edificios no construidos, inconclusos, no inscritos, inscritos pero con cargas, etc. Estado de la cuestión

El incremento de los proyectos y negocios inmobiliarios que viene experimentando nuestro país no solo ha generado una dinámica económica sino también social y jurídica por una serie de conflictos que se han generado, por problemas desde lo más graves como edificios no construidos, edificios inconclusos, edificios no inscritos, edificios inscritos pero con cargas, etc., hasta los menos graves como no entrega del inmueble en las condiciones que fueron ofrecidos, no devolver el dinero de la cuota inicial a las personas que no llegaron a concretar la compra, demora en la entrega de la vivienda, defectos en la construcción y en los acabados, reducción de áreas comunes, etc.

De la deficiente tutela del consumidor a crédito que adquiere un inmueble en planos y del incumplimiento de las empresas inmobiliarias, han dado cuenta no solo los medios de comunicación, sino además el Indecopi¹⁰. Sin embargo la perspectiva de solución en esta sede administrativa se encuentra limitada, pues se observa a estos conflictos solo desde la actividad del constructor o promotor inmobiliario, pero no de la actividad del agente bancario, que es parte de la operación económica, y según hemos visto, tiene un rol preponderante.

En los diversos reportajes periodísticos¹¹ dando cuenta de los problemas tratados, ni siquiera se identifica al banco financiador y eso no es más que demostrativo del poder superlativo de los bancos en nuestro país, y además claro de la lógica desfasada proveniente del paradigma del *contrato aislado* que informa nuestra legislación civil y del consumidor, paradigma que será cuestionado a lo largo del trabajo.

proveedor asume responsabilidad solidaria frente a la entidad financiera si el comprador no cumple con el pago del reembolso del préstamo. (ii) La solicitud de préstamo se formula en un impreso de la propia empresa del proveedor. (iii) El importe del financiamiento es pagado al proveedor directamente por la entidad financiera. (iv) La entidad financiera tiene un interés propio en la destinación del crédito otorgado. Ello se concretiza en la obtención de una comisión del proveedor (por conceder crédito a sus clientes) y del consumidor (intereses). (v) El proveedor anuncia en su publicidad la posibilidad de obtener crédito de un determinado prestamista. (vi) La transferencia realizada por el proveedor a favor de la entidad financiera del derecho sobre los bienes adquiridos por el consumidor, a modo de garantía del préstamo frente al incumplimiento de las obligaciones restitutorias del consumidor. (vii) Existe un considerable volumen de negocios idénticos entre prestamista y proveedor. (viii) El contrato de provisión y de financiamiento se perfeccionan el mismo día, en un solo acto y en el establecimiento de alguno de los dos sujetos partícipes”.

¹⁰ Disponible en:

<http://gestion.pe/economia/empresas-constructoras-inmobiliarias-mas-sanccionadas-peru-2139514>
<http://gestion.pe/inmobiliaria/indecopi-sancciono-144-inmobiliarias-incumplir-ofrecimientos-consumidores-2073978>
<http://servicios.indecopi.gob.pe/appCPCSUMBuscador/#resEmpresaRan>

¹¹ Algunos disponibles en:

<http://rpp.pe/peru/ica/familias-denuncian-presunta-estafa-en-proyecto-de-vivienda-de-ica-noticia-988845>
<http://panamericana.pe/panorama/locales/117721-estafa-espanola-inmobiliaria-deja-casa-familias-surco>
<https://www.youtube.com/watch?v=vh-QsZObwPc>
https://www.youtube.com/watch?v=nEIDJ_F-I8I
<https://www.youtube.com/watch?v=1ERzDmshkS0>
<https://www.youtube.com/watch?v=szof7wy8GTQ>
<https://www.youtube.com/watch?v=b4be95T0SD4>

4.1 Estado de la cuestión. El consumidor a crédito en el Perú

Para encontrar la solución al problema de estudio, cuando le ha sido requerido, Indecopi se ha dirigido únicamente al promotor inmobiliario, sancionándolo y ordenándole medidas correctivas, no siempre cumplidas o eficientes; sin embargo no ha puesto su atención en las entidades financieras, y eso se explica porque desde una perspectiva restringida, se entiende que no son éstas las que ofrecen el bien sometido a reclamo. Y es que se considera que de la idoneidad del bien (su entrega física y jurídica en las condiciones pactadas), tiene que responder solo el promotor inmobiliario pero no el banco, cuyo participación se limitó al otorgamiento del préstamo para la adquisición del bien, o sea que el servicio que ofrece es solo financiero.

Este es el estado de la cuestión, los bancos solo responden ante Indecopi cuando se trata de falta de idoneidad de los servicios financieros, pero en rigor, desde esta chata perspectiva positivista, los problemas descritos no lo son. Además al no ser competente para otorgar resarcimientos, los consumidores tendrían que recurrir al Poder Judicial, pero éste se encuentra imbuido también del mismo horizonte restringido.

En nuestro país, pese a que tenemos un código en materia de protección al consumidor de reciente data, a contracorriente de sus pares europeos, no ha contemplado en él un adecuado y orgánico reconocimiento al consumidor a crédito. Esto evidentemente, se explica no por razones de técnica legislativa, sino por razones de técnica de poder, de relaciones de poder.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, aprobado entusiastamente hace 5 años, no ha recogido las normas del derecho comparado sobre esta materia, que constituyen un avance en cuanto a protección del consumidor a crédito y que ya consagra de manera explícita la vinculación con efectos propagadores. Si bien se reconoce a los financiamientos trilaterales en diversas normas no orgánicas, el consumidor a crédito es un concepto que carece de definición normativa en nuestro país.

En el inciso f del Art. 77.1 del Código de Consumo, se establece de manera general que en caso de que la prestación no se llegue a ejecutar por causas atribuibles al proveedor, éste debe devolver el íntegro de los pagos adelantados efectuados por todo concepto a la sola solicitud del consumidor. Esta estipulación no es abarcadora sin embargo de las múltiples situaciones que se pueden generar, y no es más que la consecuencia del efecto restitutorio de la resolución contractual del derecho civil común.

En general a nivel legislativo, lo único que tenemos es el artículo 49.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que le otorga relevancia al “nexo de dependencia” entre contratos diversos de cara a la interpretación de las cláusulas vejatorias incluidas en los contratos de consumo. Al respecto, en opinión que compartimos, Vásquez afirma que se trata del reconocimiento legislativo de la operatividad de los contratos coligados (2011: 192), aunque un reconocimiento ciertamente restringido.

Esta situación de desidia legislativa, consideramos se debe a que el sub sistema de protección del consumidor en esta materia de financiamiento bancario, cede espacio a otro sub sistema a consecuencia del influjo del poder de las entidades financieras, a quienes se

delega la potestad de detallar las condiciones del préstamo, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el código y las emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (Art. 81)¹². Es decir, será el sistema legal financiero el que tendrá la voz cantante en este tipo de operaciones crediticias.

Por esta razón, el código en mención, en la parte relativa a los productos inmobiliarios cuyos precios de venta son financiados por los bancos (numeral 77.4), solo señala que son ellos los que detallan las condiciones del financiamiento de acuerdo a las disposiciones contenidas en el código y las emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Privadas de Fondos de Pensiones. Es decir, se aplica lo que los bancos dicen, directamente a través de sus cláusulas de adhesión o indirectamente a través del ente regulador, es decir, el poder en manos de los bancos.

Además una tutela que incluya al banco en la solución, no ha sido explorada por los consumidores afectados debido a que tanto en los contratos de adquisición como en los contratos de adhesión de los préstamos finalistas, se incluyen cláusulas de exoneración de responsabilidad de los bancos por los incumplimientos del promotor o la falta de idoneidad del bien que ofrecen; impedimentos que se han visto infranqueables por los abogados de los consumidores, en un sistema legalista como el nuestro, de pobre desarrollo jurisprudencial y desactualizada doctrina.

4.2 Valoración crítica

Como ya fue advertido por Vásquez y podrá ser apreciado de lo que va de este trabajo, los esquemas trilaterales de financiación se han convertido en una realidad en la comercialización de todo tipo de bienes de consumo durables del alto o mediano costo y en el mercado inmobiliario, tan activo en los últimos años (2011: 189).

En ese sentido, si la operación económica de compra venta financiada de nuestro país, es similar a la presentada en Europa, y la tutela especial existía legalmente desde hace 30 años allá (jurisprudencialmente mucho antes incluso), resulta incomprensible como no fue regulada acá¹³. Uno puede intuir la respuesta. En todo caso, eso da para otro trabajo que desborda el ámbito jurídico.

Coincidimos con Vásquez cuando afirma que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ningún dispositivo que determine directamente la vinculación entre los contratos de crédito y provisión en el ámbito de los financiamientos trilaterales, pero coincidimos también cuando considera que esta ausencia de regulación idónea, no nos puede impedir encontrar

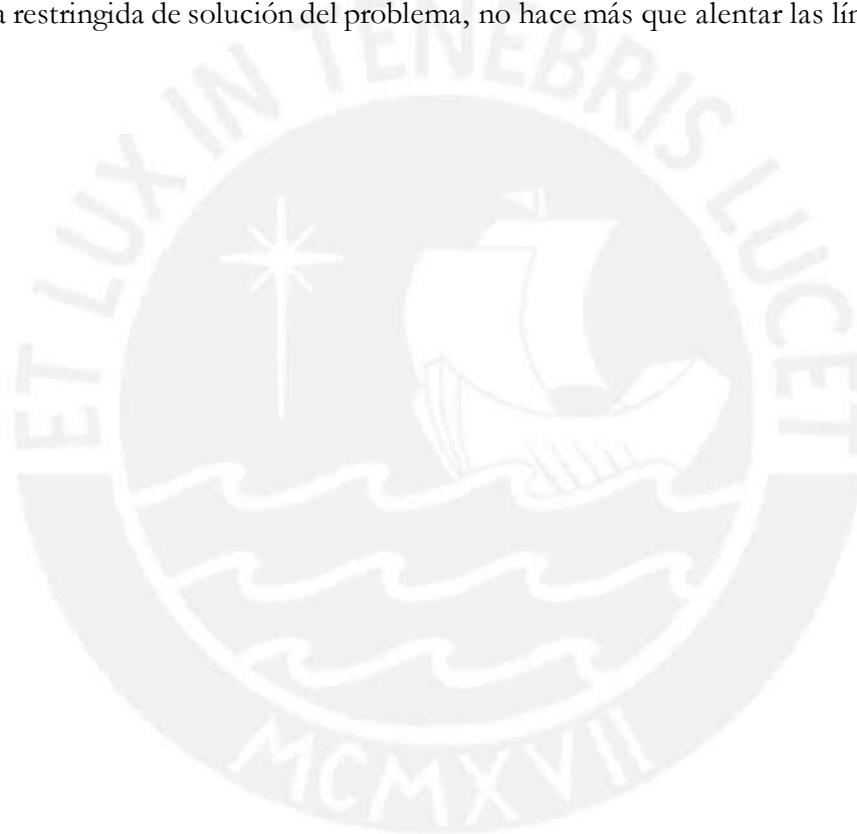
¹² El influjo de este poder se manifiesta cuando se establece el principio de especialidad a favor del sistema legal financiero. En efecto, se señala que la regulación y supervisión del sistema financiero así como los productos y servicios se rige en virtud del principio de especialidad normativa por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

¹³ Para Alfredo Bullard la deficiente regulación del Código del Consumo podría deberse al oportunismo político que determinó su promulgación (2010: 166). Se anota que en otro lugar, el autor había tachado al código de socialista, mientras que Escobar, de ser una propuesta fascista; sin embargo en dave de crítica a la crítica, sostiene Merino que la regulación de los mecanismos de protección más bien están basados en la justicia contractual que puede verse en Estados Unidos, Inglaterra, la Unión Europea, países latinoamericanos y asiáticos, de modo que si éstas regulaciones son fascistas o socialistas, el mundo estaría repleto de éstos (2016: 321 y ss.).

en el derecho común, una interesante alternativa para solucionar las dificultades presentes en dicho ámbito: la teoría de los contratos coligados (2011: 191).

En efecto, la desidia de nuestro legislador consumerista no implica que a partir de la interpretación sistemática de muchas de las disposiciones de su cuerpo normativo y del derecho común, se pueda llegar a establecer la relevancia de la coligación y aplicar sus efectos.

No podemos dejar de señalar que tal es el poder de los bancos y el imperio del paradigma del *contrato aislado*, que en el Congreso de la República existe un proyecto de reforma del código de consumo, el N° 224/2016-CR¹⁴ de la bancada mayoritaria, que no obstante tener de insumo los problemas que estamos tratando aquí, plantea como solución, solo que el promotor informe sobre si tuvo alguna sanción de parte del Indecopi, es decir que visibilice al consumidor la lista de empresas constructoras sancionadas. ¿Y el banco qué? Esta perspectiva restringida de solución del problema, no hace más que alentar las líneas de este trabajo.



¹⁴ Disponible en:

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0022420160908..pdf

CAPITULO II

APROXIMACION AL PROBLEMA DESDE LA FIGURA DE LA COLIGACION CONTRACTUAL

El hombre de nuestro tiempo se halla inmerso en un complejo mundo de relaciones jurídicas y económicas distintas al concebido por el derecho en el siglo antepasado de donde provienen los primeros grandes códigos y más aún del concebido por el antiguo derecho romano.

Los avances científicos, industriales y tecnológicos del pasado siglo, el desarrollo de las comunicaciones y el expansionismo de los mercados han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en muchos casos, no se ajustan a las formas típicas que contemplan las leyes.

En las líneas siguientes veremos cómo es que el fenómeno de los contratos coligados como se conoce en Italia, grupos de contratos en Francia y contratos conexos en España, son manifestaciones económicas de la postmodernidad, que han trascendido los parámetros jurídicos, y cómo esto impuso a los juristas una tarea por realizar, aún pendiente de culminar.

No vamos a ocuparnos sin embargo con amplitud de los aspectos teóricos de los contratos coligados, ni desarrollar su clasificación, requisitos para su configuración, ni sus perfiles patológicos. De esto se ha encargado con mucha solvencia Walter Vásquez, en una tesis que representa el mejor y más amplio trabajo que se ha dedicado a esta figura y sobre cuyas bases vamos a trabajar. Pretendemos sí dar cuenta de cómo la operación económica objeto de nuestro estudio constituye una de las manifestaciones de la figura de la coligación negocial.

Revisaremos también cómo es que para reconocer esta figura jurídica, es necesario repensar el principio de relatividad de los contratos que consagró el Derecho Civil moderno, para adaptarlo a las operaciones económicas postmodernas que reclaman la conectividad entre todos aquellos contratos que las componen.

1. La relatividad contractual en la dogmática moderna

1.1 El contrato en la dogmática moderna y su vinculación con la idea de la relatividad. Su horizonte histórico

La concepción tradicional decimonónica del código francés y de los primeros códigos, se desentendió de la función económica del contrato, limitándose a estructurarlo sobre la base de elementos esenciales; un esquema negocial dado por el consentimiento, el objeto y la causa (Mosset 1991: 49). Esta visión se limitó a la verificación de los requisitos y elementos intervinientes en el momento del perfeccionamiento del contrato, esto es, el enfoque

estático formal, pero no consideró la fase de cumplimiento del contrato, su enfoque dinámico.

En el horizonte histórico advertimos que aun cuando debamos mucho en la modernidad a los juristas que construyeron nuestros conceptos, no podemos dejar de señalar que debido al acento que se puso en esa construcción dogmática y en la manifestación de sus figuras “típicas” de negocios jurídicos, esa construcción en nuestros días se aprecia recortada.

No olvidemos que en el tiempo de la construcción de la dogmática contractual, la consolidada burguesía necesitaba de la autonomía de la voluntad de las partes para propagar su poder separado del Estado. Se sostiene por eso que la codificación se muestra como una afirmación del individuo frente al Estado, cuyo propósito era asegurar su libertad civil en la vida privada contra las injerencias indebidas del poder político (Roca 1985: 13). Una codificación que se autoproclamó el centro de un sistema jurídico y que permitió a los propietarios contratar con quien quisieran, pero una codificación también “que ignoraba que la mayoría solo poseía su propio cuerpo como moneda de intercambio” (Catalan y Rahde 2014: 70).

Los derechos subjetivos que nacían de la ley, lo hacían ahora también del negocio jurídico, siendo especialmente la voluntad expresada en el negocio, como afirma Franzoni, la que constituye un valor al nivel de una norma jurídica, pues a través de ella se hizo vinculante una operación económica que tutelaba los intereses tanto de la clase terrateniente como de la burguesía (2014: 39). El negocio jurídico entonces se convirtió en el depositario de la voluntad que se erigía ahora, sin la intervención del Estado, como el medio para hacer vinculante una operación económica que hacía posible la transferencia de los recursos de una clase a otra¹⁵.

Fue entonces ese impulso a la modernidad, lo que consolidó la idea de relatividad de los contratos que ya había consagrado antes el derecho romano. Lo pactado entre las partes no perjudicada ni favorecía a terceros. La relatividad de los contratos se encontraba en intensa vinculación con la razón fuerte de la codificación¹⁶. El hombre, sujeto fuerte de la modernidad, era ahora libre para contratar y debía calcular y absorber los riesgos de su voluntad.

¹⁵ De acuerdo con Galgano quien ha encuadrado históricamente el origen de la categoría del negocio jurídico, éste “constituía un punto exacto de equilibrio entre intereses opuestos: los intereses de los adquirentes (los burgueses, la dase en ascenso), en cuanto la voluntad por sí misma podía constituir relaciones, y los intereses de los vendedores (los propietarios latifundistas, la dase en decadencia) ya que con un acto de voluntad propio habrían podido perder derechos”. En oposición a esta idea, Betti señala que lo que constituye el aspecto más importante del negocio jurídico es el ser un instrumento de libertad del individuo frente al poder del Estado y que esta idea no ha cambiado aun hoy, ya que esta exigencia no está ligada al tiempo, lo cual explica la tesis del negocio jurídico como categoría lógica ahistórica, fruto de la obra crítica de la doctrina (en Franzoni 2014: 39-40).

¹⁶ Para esta concepción demoníaca las partes habían de someterse a lo pactado, que es ley entre ellas y de esta manera lo justo sería lo libremente querido. No podemos dejar de apuntar sin embargo, que tempranamente se consideró que con esas codificaciones concebidas como conducentes, el racionalismo (fundador de la modernidad), había exagerado demasiado. Fue Savigni el que declaró que el derecho natural (el racionalista), era “una infinita arrogancia de los filósofos”, dado que el derecho no es ningún producto de la razón, sino que él era creado “mediante las fuerzas silenciosamente actuantes del espíritu del pueblo” (Kaufmann 2005: 70).

1.2 La relatividad no es consustancial al fenómeno contractual, sino una característica del contrato moderno, apreciada hoy recortada.

Los operadores jurídicos solo tenemos acceso al concepto del contrato, a través de lo que la dogmática y el legislador crearon. Esto implica que no es consustancial a él, su carácter relativo o su conectividad.

Se pensó que la afirmación del ciudadano libre era compatible con la idea de un contrato aislado, es decir un contrato entre dos partes responsables de los efectos que provocarían, efectos que solo debía alcanzarles a ellos y a nadie más. Esto no obstante, no es ontológico ni inmutable.

Gracias a la hermenéutica jurídica, podemos apreciar que el fenómeno de la comprensión es divergente del esquema sujeto-objeto; es decir que el comprendedor (el legislador o el contratante en su caso), entra en el “horizonte de la comprensión” y por ello se afirma que no reproduce de manera pasiva en su conciencia lo comprendido, sino que lo conforma. Esto significa que el comprensor está asociado al objeto que le llega con la transmisión del lenguaje y la tradición. De esta forma, el derecho no es nada substancial, sino algo relacional, dado que se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas (Kaufmann 2005: 100).

En este escenario de limitación del horizonte de la comprensión, Ciuro ha señalado que en la medida que expresan conceptos, las palabras manifiestan “*recortes*” de la plenitud que tiene el universo a expresar y esos recortes inevitables resultan de cierto modo adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la realidad (1999: 29 y 32).

Se ha llegado a apreciar así que las nociones de “partes” y “terceros” del contrato empleadas para construir su relatividad, constituyen hoy recortes que no corresponden en la mayoría de los casos, a toda la realidad. Y es que la realidad puede desbordar la norma. De hecho los contratos coligados, afirma el autor citado, evidencian la existencia de intereses que trascienden los marcos de la relatividad.

De aquel contrato concebido como acuerdo de voluntades entre dos partes conocidas y en igualdad de condiciones, a la realidad contractual actual, impersonal, poliforme, transnacional, cibernética, se ha recorrido un largo trecho, en el cual la doctrina y la jurisprudencia, más que la legislación, han logrado, articular las herramientas necesarias para la interpretación y regulación de las nuevas situaciones (Márquez 2007: 151).

Encuadrar este fenómeno postmoderno de los contratos coligados en la estructura del derecho moderno se convirtió en una ardua tarea que no encontraba solución con los remedios jurídicos tradicionales. Esta falta de correspondencia, como anotó López, entre la perspectiva formal (jurídica) y la material (socioeconómica) de un mismo fenómeno, llamó poderosamente la atención del estudioso del derecho (1994: 146).

1.3 La coligación como expresión del poder supraestatal del mercado

Franzoni nos señala que ya Natalino Irti había demostrado que en la sociedad post-industrial afirmar un papel al negocio jurídico en cuanto éste permite una tutela del particular en contra del Estado, es inútil. Y eso porque el individuo no puede ser oprimido

hoy por el Estado como sostenían los liberales clásicos, sino por el poder del mercado y su dimensión planetaria (2014: 41).

Esto es importante de resaltar para los propósitos de este trabajo, pues nuestra figura jurídica se enmarca dentro del poder vigente del mercado y la necesidad de corrección por el Estado. Y es que, continúa el profesor italiano, la uniformidad de los actos de intercambio homogeneizados por las necesidades de la praxis empresarial (los contratos de adhesión o sometidos a cláusulas generales), implica una merma total del papel de la voluntad en la determinación del contenido en cuya salvaguarda se erigió el negocio jurídico (2014: 48).

Como lo anota bien en perspectiva Schiesaro, si con la disciplina de las condiciones generales del contrato se intentaba proteger adecuadamente al contratante adherente que se encontraba en riesgo por el abuso, el medio ha resultado insuficiente para tal propósito pues antes que protegerlo, legitimaba más bien plenamente la práctica de la negociación estandarizada, lo cual favorece al predisponente (2016: 111).

No olvidemos que la respuesta del Derecho a esta y otras prácticas del mercado, propias del capitalismo en crecimiento y transformación en la mitad del siglo pasado, se expresó a través de la jurisprudencia. Una de ellas, la coligación, como figura jurídica es una adaptación del derecho al mercado, y en el caso de la coligación funcional concreta (aquella no acordada), diríamos que es una reacción a la preeminencia del mercado. Y es que, como grafica Mosset Iturraspe el fenómeno de la conexidad es “sin lugar a dudas, de la “economía de mercado”; hijo del *laissez faire, laissez passer* (1999: 13).

1.4 Crisis del principio de relatividad de los contratos

Como se ha dicho antes, esa visión decimonónica del contrato, que se aferraba al principio relativo de los contratos, no había permitido la solución de conflictos surgidos de relaciones complejas estructuradas por más de un contrato, que se vinculaban entre sí para lograr una función económica global.

Sin embargo, transcurrida la “edad de la razón” en sentido amplio, que fue la modernidad, hoy vivimos en una edad de “negación” de la razón, pero de atención a la “razón de la razón”, y eso nos ofrece un mayor espacio para el cuestionamiento de la razón de la relatividad contractual.

En efecto, en el clima postmoderno de crisis de la forma, la consideración de la coligación contractual es explicativa de la complejidad de las relaciones económicas que han desbordado las figuras societarias y contractuales típicas. Trascendida la relatividad de las relaciones, hoy se suelen reconocer incluso “intereses difusos”, “levantamiento de velos societarios”, “responsabilidad del fabricante no contratante”¹⁷, etc.

¹⁷ En la experiencia de common law, Jules Coleman ha señalado que la doctrina de los efectos relativos de los contratos no podía aplicarse a los productos defectuosos, ya que no podía protegerse con ella a los usuarios finales destinatarios de los productos no contratantes con el fabricante y que ello se hizo patente en el caso *MacPherson v. Buick Motor Co* (1916), este último demandado en su calidad de fabricante del vehículo que se vendió a un comerciante minorista, el mismo que a su vez revendió al demandante. Ello en razón a que la madera de la que estaba hecha una de las ruedas del vehículo era defectuosa y por eso se desplomó inesperadamente. Pese a alegar el demandado que las ruedas eran fabricadas por otro fabricante, se le acusó

Ahora bien, una cosa es que podemos reconocer la realidad de que para la satisfacción de una necesidad de bienes y servicios se tenga que recurrir a dos o más contratos unidos funcionalmente, y otra sostener que las vicisitudes de uno de ellos se extienda en la vida de los restantes, o reconocer acciones directas entre los participantes del negocio global. Esto último supondría superar precisamente los obstáculos originados en el principio de la eficacia relativa del contrato del que hemos venido hablando.

Al respecto se ha afirmado que ya en la década del '30, Savatier avizoró la declinación del principio en mención, analizando las numerosas excepciones que él observaba, concluyendo en la denuncia de que el contrato responde a una concepción puramente individualista del derecho de las obligaciones, que no tiene en cuenta los lazos que vinculan inevitablemente unos a otros a los miembros de la sociedad, lazos que se multiplican y consolidan a medida que la sociedad deviene más compleja (Frustagli 1996: 47).

En este punto nos preguntamos, ¿se trata de una crisis del mencionado principio? o de la flexibilización y *aggiornamento* de la noción de partes y terceros, cuando menos en el ámbito de los negocios coligados, en el cual las partes de los distintos contratos no pueden ser considerados indiferentes entre sí pues participan en una misma operación económica.

Como bien señaló Larroumet, "cada una de las partes de un contrato del conjunto, que no es parte en otro u otros contratos del mismo conjunto, no debe ser considerada como un tercero respecto a una parte de otro contrato de este conjunto" (citado por López 1994: 269). Antes de referirnos a lo que se ha propuesto para superar este problema de la ajenidad de las partes en los contratos coligados, abordaremos la noción de éste.

2. Noción de contratos coligado y la coligación concreta

2.1 Noción de contratos coligados

En esta parte de la tesis vamos a hacer referencia principalmente a los trabajos de los autores nacionales que se han ocupado del tema: los profesores Rómulo Morales y Walter Vásquez.

Este último ha sintetizado bien las razones que determinaron la aparición de la coligación contractual. Por un lado, están aquellas privativas del ámbito empresarial, tales como la interacción contractual de diversos empresarios (en especial cuando sus actividades son altamente complementarias y la integración corporativa no resulta deseable) a través de la puesta en común de recursos de distinta índole; la ampliación del sector geográfico de actividades de las empresas y la consiguiente importación de esquemas contractuales ajenos al contexto en que habrán de ser aplicados; la creación, a través de la vía contractual, de recursos elusivos a riesgos empresariales; la colaboración entre proveedores y financiadores en el marco de las operaciones de crédito al consumo; la actividad negocial propia de las empresas controladas por cúpulas de poder centralizadas; la creciente especialización de las actividades acompañadas de la división del trabajo; y la necesidad de una circulación cada vez más rápida de la riqueza y de los bienes.

de negligencia porque pudo haber detectado tal defecto si hubiera realizado una inspección razonable (2010: 408).

Asimismo, están las razones no privativas del ámbito empresarial, tales como la incapacidad de los tipos contractuales para satisfacer las necesidades complejas presentes en la praxis contemporánea; el reforzamiento de las obligaciones a través de las garantías contractuales de distinta índole; y la creación, a través de la vía contractual, de recursos elusivos de riesgos derivados de normas imperativas o de compromisos contractuales adquiridos (Vásquez 2012: 32).

En el plano de la dogmática jurídica, el profesor Morales define a los contratos coligados como aquellos que “constituyen un conjunto de contratos con causa concreta autónoma que cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único. Varios contratos pueden estar vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global; en tal situación hay una cadena de contratos que confluyen en un mismo objeto” (2002: 119)¹⁸.

Por su parte Gazzoni sostiene que a veces la operación económica es realizada por los privados a través de una pluralidad de negocios estructuralmente autónomos pero conexos, en el sentido que los destinos de uno influyen los destinos del otro en términos de validez y eficacia. Roppo agrega que la conexidad estriba en que la operación programada no puede ser alcanzada con cualquiera de los contratos por sí solos (citados por Morales 2002: 133-134). Cuando esto ocurre se dice que estamos ante una “operación económica compleja”.

Esta “operación económica compleja”, se corresponde con la *operación económica global* y es el resultado del conjunto conformado por los diversos contratos coligados, que “debe ser entendida como aquella funcionalidad compleja o de conjunto cuya actuación requerirá, al menos como regla, de la concurrencia coordinada de todos los contratos coligados en concreto, en la medida que ninguno de los esquemas contractuales que compone la agrupación será idóneo por sí solo para proveer a las partes semejante resultado global” (Vásquez 2012: 245).

De estos conceptos podemos establecer que los requisitos de la coligación contractual son básicamente dos: la pluralidad de contratos autónomos y el nexo funcional o vínculo de dependencia instaurado para llevar a cabo la operación económica. Es importante agregar en este punto que nos adherimos a la posición de Vásquez, quien, prescindiendo de la voluntad como elemento explicativo de la coligación contractual funcional, propone reformular ésta en las categorías de *coligación abstracta* y *coligación concreta* (2012: 150), siendo la primera una vinculación derivada de la naturaleza o la función que cumple un contrato sobre el otro (por ejemplo los subcontratos o los contratos de garantía real o personal); mientras que la segunda una vinculación que coordina la pluralidad de contratos que están dirigidos hacia la consecución de una *operación económica global*.

Esta coligación concreta se caracteriza porque la concurrencia de la pluralidad de contratos es necesaria para el desenvolvimiento de la *operación económica global*, la cual no podría ser cumplida o satisfecha a través de un solo contrato. Es precisamente esta *operación económica global* la que determina la relevancia de la *coligación concreta* que interesa a este trabajo.

¹⁸ El profesor Morales cita como ejemplos de contratos coligados a los contratos de crédito de consumo, a los contratos predispuestos y a los contratos atípicos como el leasing, underwriting, factoring, franchising, engineering, esponsorización y fideicomiso entre otros (2002: 119).

Ahora bien, el nexo propio de esta coligación puede ser establecido: (i) por una manifestación de voluntad expresa o tácita de las partes (por el texto) o (ii) podrá ser apreciable a partir de la concurrencia de indicios objetivos presentes en cada caso (por el contexto). Es esto último lo más usual y es lo que se presenta en la operación económica estudiada, pues como hemos visto antes, los contratos de compraventa y de crédito no contemplan una vinculación expresa entre ellos que pudiera autorizar la propagación de sus efectos o comunicar sus vicisitudes. Todo lo contrario, cada uno de ellos se reconoce autónomo y se contempla más bien, en lo que respecta al banco, una exclusión de responsabilidad frente a las obligaciones del promotor inmobiliario.

Dada la trascendencia de la categoría de la *operación económica global*, nos ocuparemos de su perfil en las siguientes líneas.

2.2 El acento en la operación económica

Como afirma Diez-Picazo, las tendencias modernas se inclinan cada vez más por restar los mágicos componentes voluntaristas al contrato y por apreciarlo más bien como una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada (2004: 13).

Es la complejidad de las operaciones económicas de esta economía de mercado cada vez más globalizada, la que determinó que los privados tengan que recurrir a una pluralidad de contratos distintos para la satisfacción de una necesidad unitaria. Por eso se afirma que el individualismo contractual viene dando paso a la contratación grupal y que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una *operación económica global*, buscada a través de un “programa”. El acento apunta Moseet Iturraspe, aparece puesto en el “negocio” y no en el “contrato” (1999: 9). En el mismo sentido, afirma Roppo que “el contrato-concepto jurídico resulta instrumental al contrato-operación económica” (citado en Gabrielli 2012: 28).

Como vemos, el reconocimiento del fenómeno estudiado ha pasado por poner el énfasis ya no en el contrato sino en el negocio, ya no en el reglamento o el momento de su formación (fase estática), sino en el programa económico del contrato y en su función económica (fase dinámica).

La noción de operación económica como categoría conceptual ha sido utilizada precisamente en materia de interpretación del contrato y de coligación negocial. Nos dice Gabrielli que esta categoría es la que nos permitirá captar con mayor atención la regulación de la coligación y valorar el desequilibrio en el contexto de un ámbito sistemático más amplio (2012: 25). Esta amplitud, esta visión estratégica del conjunto es la que nos propone De Trazegnies, como veremos más adelante.

Pero ¿qué es la operación económica? Gabrielli señala que es una categoría unitaria y compuesta que comprende no solo al reglamento, sino a todos los comportamientos vinculados con él para la consecución de los resultados perseguidos, y también la situación objetiva en la cual las reglas y los otros comportamientos confluyen. De esta manera, independientemente del tipo individual o del conjunto de tipos que las partes han utilizado para construir su organización de intereses, el negocio debe ser considerado como “operación económica” (2012: 24-25).

Así, la operación económica global se convierte en el esquema unificador de la organización de intereses diseñada por la autonomía privada que penetra en el interior de las causas singulares que componen la coligación negocial, calificándolas en concreto, con prescindencia de la causa típica de los esquemas negociables singulares. Representa un instrumento metodológicamente útil, para indagar sobre hechos jurídicos concretos y complejos en el plano estructural, para descomponer el dato fenoménico y funcional que permita apreciar su relevancia y para individualizar y aplicar la regulación más idónea que aquel previsto por el tipo legal (Gabrielli 2012: 29-33).

Pero eso no es todo, agrega el autor italiano que como categoría ordenante, se convierte además en instrumento de protección del contratante débil y por ende, en instrumento de garantía del correcto funcionamiento del mercado. Esto explica porqué ha sido en el ámbito de protección al consumidor (el crédito al consumo) que ha merecido un temprano reconocimiento legislativo en Europa hace 30 años.

Frente a esta posición comprensiva y abarcadora de la operación económica, Grondona en posición que compartimos considera que el fenómeno contractual se manifiesta en tres niveles relacionados entre sí: (i) el contenido jurídico-contractual (reglamento); (ii) la economía del contrato (el programa económico); y (iii) la función económico-individual del contrato (causa en concreto) (2011: 275). Como vemos, la categoría autónoma de la operación económica no puede ser equiparada al contrato, sino que pertenece a este fenómeno, forma parte de su perfil técnico-jurídico.

En esta línea de pensamiento, Vásquez ha señalado que si bien el programa económico es uno de los tres niveles del fenómeno contractual, no puede yuxtaponerse a los otros dos (el contenido reglamentario y la *causa concreta*). Por ende, el contrato y la operación económica no constituyen categorías sin más intercambiables (2012: 200).

2.3 La causa en concreto como método objetivo de interpretación

Advierte Roppo que el intérprete tiene una tarea más ardua frente a contratos que no explicitan su propia vinculación, y que ello se constituye en un asunto litigioso, dado que uno la niega porque le favorece y el otro la invoca por la misma razón; todo lo cual plantea la interrogante sobre si un contrato, de por sí inmune de vicios, puede ser tocado y arrastrado por la invalidez o la ineficacia que afecta al otro a mérito de la vinculación existente entre los dos, interrogante que el citado autor responde afirmativamente, si la vinculación es tan relevante que uno encuentra en el otro al menos en parte, su razón justificativa (2009: 365-366).

Hasta ahora solo hemos dado cuenta del surgimiento de los contratos coligados y apreciado el aspecto (la operación económica) que permitió su reconocimiento (superando el paradigma decimonónico del contrato aislado y estático), pero esto no basta. Hay algo que posibilita que este reconocimiento se desenvuelva. Nos referimos a la interpretación, al vehículo que nos permite arribar a la producción de efectos más allá de lo reglamentado por las partes. Nos referimos a la causa como función económica individual.

No es lugar para abordar las distintas nociones de causa y su evolución en el tiempo. Nos referiremos solo a la que según Roppo ha recibido más adherencia en la actualidad: la causa

como causa concreta, como razón que justifica concretamente el particular contrato, examinado a la luz de las especificaciones relevantes que lo caracterizan (2009: 343). Y es que una vez liberada la causa del yugo del tipo a la que fue confinado, la valoración del acto se desplazó al plano del interés en la operación económica.

En efecto, como lo sostuvo originalmente Ferri, “la causa como función económico-individual indica precisamente el valor y el alcance que las partes dieron a la operación económica en su globalidad. Valor que puede existir sólo si se consideran, verdaderamente, todos los elementos de que se compone el negocio jurídico” (citado en Grondona 2011: 274).

De esta forma es el interés en el resultado, el que se erige como objeto de control por parte del ordenamiento y este control a través de la interpretación, permite decidir en el caso concreto y con específica referencia a la construcción de la operación económica singular, cuáles son los criterios de administración y de distribución del riesgo contractual a ser aplicados al caso para balancear los intereses contrapuestos (Gabrielli 2012: 23-24).

Está claro que en virtud a la autonomía de la voluntad, las partes pueden prever expresamente la conexión, sin embargo lo más habitual es que el nexo provocador de efectos que integra el contenido de los contratos autónomos coligados es tácito, es decir que no se ha expresado en el reglamento, por lo que la detección de la interconexión se convierte en un problema de interpretación y, ese punto de interés común es la finalidad económica global u operación económica unitaria, la cual se detectará en muchos casos, a partir de una interpretación contextual de la agrupación, echando mano de la idea moderna de la causa en concreto.

Para dar cuenta de esta vía interpretativa, señalemos antes que compartimos la posición del profesor Espinoza cuando afirma que la clasificación de los criterios de interpretación en subjetiva y objetiva es una perspectiva que debe ser redimensionada, y es que hoy “lo expresado” y la común intención de las partes”, en no pocos casos, resulta ser un espejismo. Compartimos también cuando afirma el autor que no existe un orden de prelación en nuestro sistema jurídico entre estos criterios y que más bien todos ellos deben estar coordinados (2008: 255-256).

Esto es más que patente precisamente en los contratos coligados de la operación económica bajo estudio, formados dos de ellos por contratos de adhesión o predispuestos por el banco (el préstamo promotor y el préstamo finalista), en donde podemos afirmar que no existe una verdadera “común intención de las partes”, de modo que indagar sobre ella como se afirma sería “ciencia ficción” (Espinoza 2008: 247).

Cabe hacer un señalamiento más antes de proseguir. Y es que una cosa es la causa como elemento del negocio jurídico y otra como criterio objetivo de interpretación. La primera en duda o cuestión por la doctrina, pero la última vigente y útil, como se espera demostrar en las siguientes líneas.

Se ha hablado mucho de la causa o el fin en la interpretación de los contratos entre privados comunes pero, salvo por la adaptación que se pudiera realizar de los criterios de interpretación teleológico y *contra proferentem*, no existe un tratamiento dogmático especial de la causa en los contratos coligados de consumo, en los que, como ya anotamos, por ser

muchos de ellos de adhesión, sería ilusorio indagar sobre la voluntad que expresan sus cláusulas.

Esta voluntad del consumidor en realidad, limitada solo al rechazo o aceptación de la contratación, prácticamente brilla por su ausencia; contratos que se prestan para los abusos más asolapados como legitimados por los ordenamientos de corte ultra liberal, que son demostrativos del poder de la parte más fuerte (y esto no es ilusión), por lo general, de los proveedores corporativos como los bancos.

Así las cosas, como criterio interpretativo objetivo, la causa hace parte del método teleológico, pero no para indagar apenas el sentido de alguna cláusula o expresión, sino mirando la justificación o razón de ser de toda la operación económica y sus elementos componentes. Y es que como afirma Bianca “el significado de lo que las partes han acordado no puede ser adecuadamente verificado si no se tiene en cuenta la razón práctica del negocio, o sea, de la causa concreta... que justifica el contrato y el relativo reglamento, y que, por lo tanto, permite aclarar el significado de las declaraciones y de los comportamientos de las partes (citando en Espinoza 2008: 242)”.

En este mismo sentido, el profesor Morales sostiene que la expresión “naturaleza y objeto del negocio” que recoge nuestro código civil en su Art. 170, debemos entenderla como aquella causa concreta en la economía de la operación contractual (Morales 2003: 753”).

La causa como vía interpretativa entonces sigue viva, y ella de manera coordinada con otras que permitan apreciar al juez la realidad de la operación, será adecuada para sancionar en cada caso la justicia o coherencia contractual. Por eso con pena Cabrillac ha recibido el hecho que la causa sea suprimida de la reforma del derecho de contratos francés. Afirma este autor que la causa es muy útil porque permite el control del equilibrio de las prestaciones de las partes y es un instrumento de justicia social (2016: 200).

La idea de la causa en concreto, por su parte anota Gabrielli, se ha convertido en el “instrumento interpretativo para explicar y regular la complejidad objetiva de los actos de autonomía, como precisamente ocurre en el caso de la coligación negocial, donde la pluralidad de negocios entre ellos coligados se encuentra orientada a la obtención de un resultado unitario que no representa la suma de las causas singulares involucradas en el diseño constructivo, sino la unidad formal de la operación económica querida por las partes” (2012: 29).

La causa es el criterio jurídicamente relevante, nos dice el profesor Morales, para determinar los efectos jurídicos de los contratos conexos, en virtud del principio de unidad estructural que define el negocio jurídico (y el contrato en particular) como una totalidad autónoma de relaciones internas, en la que no hay término o elemento suelto, pues cada uno de ellos está en relación con otro o en relación con la totalidad que lo constituye (2002: 134).

La causa así, se ha convertido en los negocios coligados materia de estudio, en el elemento fundamental a considerar para advertir la imbricación negocial, sea que se aprecie a través de su identificación con el concepto de operación económica o su identificación con la finalidad o propósito de la misma. En esta última vertiente, Frustagli señala que “si en determinadas situaciones para realizar una operación económica de estructura unitaria se

implementan una pluralidad de convenios formalmente independientes, será necesario atender al propósito común perseguido por las partes de estos acuerdos para advertir el nexo que los reúne” (1996: 46).

En esta misma línea, Lorenzetti, quien ha expresado la necesidad de encontrar el elemento que permita decir que hay conexidad contractual y evitar transformar la excepción (que viene dada por el principio de la relatividad de los efectos) en regla, encuentra este elemento en la causa-objetiva, en sentido de “razón económica” y precisa que hay que distinguir a la causa-fuente individual, que es cada contrato del complejo negocial, causa-fin individual de cada contrato pues cada uno persigue su propio fin concreto, y causa supracontractual, esto es, “la finalidad económica que llevó a las partes a utilizar dos o más contratos... la razón por la cual dos (o más) contratos están vinculados entre sí” (en Márquez 2007: 160)¹⁹.

2.4 La interpretación objetiva *contra proferentem* como sucedáneo de la causal.

Adhiriéndonos como hemos hecho a la doctrina que postula la posibilidad de emplear de manera no excluyente ni en orden de prelación, cualquiera de los métodos de interpretación de los negocios jurídicos, no podemos negar que la interpretación *contra proferentem*, es particularmente apta para detectar los abusos o indebidas reparticiones de riesgos de la parte predisponente, en este caso, el banco.

Como habíamos anotado con Schiesaro, la disciplina de las condiciones generales del contrato con que se intentaba proteger al contratante adherente frente al riesgo de abuso, resultó insuficiente; al contrario lo legitimaba favoreciendo al predisponente.

Y es que la experiencia ha demostrado que éstos predisponen los reglamentos asumiendo algunas veces desfasada y otras descaradamente, y con la venia o silencio del legislador y los jueces también desfasados, que dichos reglamentos serán ley entre las partes, que tendrán sin indulgencia alguna, carácter vinculante para el consumidor, perdiéndose de vista que en realidad, esa vinculación es ilusoria y solo es cuestión de apreciarla sin dudas y con la voz

¹⁹ Ha sido en Argentina donde más se ha reconocido este fenómeno de la conexidad contractual en Latinoamérica. A partir de una vasta jurisprudencia anterior y posterior a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), en que gracias al influjo de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti (Presidente de la Corte Suprema), se reconoció la conexidad a nivel doctrinal, hasta su consagración en el nuevo Código Civil y Comercial, a través de los artículos que es pertinente citar:

Artículo 1073.-Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Artículo 1074.-Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

Artículo 1075.-Efectos. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

alta, aunque se aleje uno de los mal entendidos dogmas económico-políticos antes que de los jurídicos.²⁰

Ya habíamos anotando siguiendo a Gabrielli que la *operación económica global*, como categoría ordenante, se convierte en un instrumento de protección del contratante débil y por ende, instrumento de garantía del correcto funcionamiento del mercado. Esto explica porqué ha sido en el ámbito de protección al consumidor (el crédito al consumo) que ha merecido un temprano reconocimiento legislativo en Europa hace 30 años.

Ahora bien, como se trató en el capítulo anterior, la respuesta primigenia del derecho a la indefensión del consumidor a crédito, provino de la interpretación judicial de la operación económica, a la que concurría, por lo menos un contrato con cláusulas predisuestas. En efecto, el banco que proveía los recursos al consumidor, predisponía el contrato de adhesión y esto le ofrecía la oportunidad para expresar el desequilibrio de poder con que corrían en la operación, desequilibrio apoyado en la asimetría en la información.

No está demás exponer aquí la observación que ya se viene formulando en la doctrina, en el sentido de que el contrato moderno clásico del derecho común, es casi marginal frente a otras formas contractuales presentes en el mercado, uno de los cuales es precisamente el contrato con el consumidor. Benedetti, propone al primero como aquel “completamente negociado por los contratantes expertos (o, por lo menos en teoría, igualmente en experiencia) que aspira al máximo de libertad, y reivindica la intervención minimalista del legislador”. Del otro lado, y sin que alcance solo al consumidor sino también a otras formas de contratante débil (usuarios, empresas débiles, etc.), se afirma que el cliente suele ser un *outsider* que carece de los conocimientos específicos y las capacidades técnicas y organizativas que le permiten el control de la prestación característica destinada a él, las cuales están concentradas en la empresa proveedora *insider* que domina el contrato (Roppo citado en Schiesaro 2016: 115).

En similar posición y relevando la cualidad de los agentes que participan de él, Monateri ha advertido la bifurcación en el camino recorrido por el contrato: por un lado el contrato empresa-consumidor y por el otro el contrato empresa-no consumidor (contrato en general); dos horizontes contractuales paralelos, teniendo el primero de ellos sus propias lógicas (2004: 43-44).

De esa lógica particular se nutre la interpretación *contra oferentem*, que en la *operación económica global* bajo estudio compuesta de contratos coligados, apoyará al restablecimiento del equilibrio de las partes, posibilitando con ello la inclusión del banco en todo el espectro de la operación y no como éste predispuso, ajeno a las vicisitudes del contrato de adquisición, es decir, favoreciéndose arbitraria y contra la configuración económica natural misma de la operación, de la disciplina del contrato de adhesión y el principio de la eficacia relativa de los contratos, paradigmas ambos del contrato clásico moderno.

²⁰ Desde la teoría crítica, Merino (2016), cuestiona los dogmas de universalidad, cientificidad, neutralidad y superioridad occidental del derecho liberal que emerge del positivismo hasta el análisis económico del derecho, y nos muestra las intersecciones entre el derecho, la economía y la política y cómo las relaciones de poder son construidas, legitimadas, reproducidas y cuestionadas en normas que si bien se presentan como meramente “técnicas”, esconden en realidad el desequilibrio de poder que impera en la sociedad y el Estado.

No puede quedar al margen de la labor interpretativa, el principio de la buena fe reconocido en nuestro código (Art. 1168 y 1362), del cual se viene afirmando incluso que es más que suficiente para alcanzar la justicia contractual. Sin embargo como la consideramos más funcional a la tutela de la confianza, nos ocuparemos de ella en el último capítulo. Hemos querido solo en lo que va de éste, dejar anotado que la interpretación teleológica o causal y la *contra proferentem*, compatibilizan más con la figura de la coligación tratada en esta parte del trabajo.

2.5 Revisión de la categoría de partes en la operación económica de adquisición a crédito

Nos preguntamos antes si estamos ante la crisis del principio de relatividad de los efectos contractuales o ante una flexibilización y aggiornamento de la noción de partes y terceros, cuando menos en el ámbito de los negocios coligados, en el cual las partes de los distintos contratos no pueden ser considerados indiferentes entre sí pues participan en una misma operación económica.

Para resolver el problema que supone la ajenidad del tercero, respecto de la coligación estudiada de compra financiada, Álvarez ha propuesto en posición que compartimos, llamar a las partes definidas conforme el criterio clásico del Código Civil, esto es, el de eficacia relativa del contrato, Partes contratantes; y a las que resultan por efecto de la interconexión causal existente entre los contratos, Partes asimiladas. Estas categorías sin embargo deben estar situadas en distintos planos: en el primero las “Partes contratantes”, y en un segundo “las Partes asimiladas”, correspondiendo el efecto obligatorio en principio a las partes contratantes, y para que este efecto alcance el segundo plano es necesario que el primer contrato no se cumpla, o que el incumplimiento del segundo contrato lo haga imposible, o viceversa (2008: 364-365).

Recordemos que nuestra operación económica de estudio, se estructura a través de tres relaciones jurídicas: la primera entre el banco y el promotor inmobiliario por el préstamo que aquel otorga a éste para la edificación (denominado préstamo promotor); la segunda, entre el vendedor (y a su vez promotor inmobiliario) con el comprador para la adquisición del bien; y la tercera entre este último con el banco que financia la adquisición del bien (préstamo finalista).

En esta operación económica, el consumidor comprador será Parte contratante tanto en el contrato de adquisición del bien como en el contrato de préstamo finalista con el banco; mientras que éste y el promotor inmobiliario serán simultáneamente, por un lado, Partes contratantes y, por otro, Partes asimiladas respecto del contrato que no han celebrado, pero cuyo cumplimiento condiciona, a su vez, el cumplimiento del contrato en el que son Partes contratantes.

Además la propuesta de Álvarez contempla, en posición que no compartimos, la necesidad de que se tenga que interpelar previamente a la Parte contratante obligada, y solo si resulta infructuosa la reclamación podría ser llamado a responder quien resulte Parte asimilada.

Y es que, atento a la casuística de los problemas detectados que perjudican mayoritariamente al consumidor y el preponderante rol que asignamos al banco en la unitaria operación económica, nosotros pensamos que no es necesario esperar que resulte

infructuosa la gestión con el promotor inmobiliario, sino que el consumidor podría dirigirse simultáneamente contra el banco imputándole directamente su falta de diligencia circunstanciada a la operación, con base a los riesgos de su actividad, sobre lo cual hablaremos en extenso en el siguiente capítulo.

2.6 La relatividad de la autonomía como regla y la conexión de la autoridad como excepción

Está claro porque así inició su camino de reconocimiento jurídico, que en muchas ocasiones la sanción de la conexión desbordará el marco de autonomía y emergerá de una decisión autoritaria gubernamental, del legislador y la jurisprudencia (Ciuro 1991: 33). En efecto, la conexión contractual se llega a apreciar mayormente cuando los repartos de los contratantes son reasignados por los de los jueces y los legisladores, quienes expresan razones de poder derivadas de un mayor conocimiento económico, jurídico, etc.

Esto nos permite sostener, siguiendo al autor citado, que la regla ha de ser la relatividad o la conexión surgida de la voluntad de las partes y la *excepción* la conexión “aristocrática”, aquella que, a falta de legislación, tendría que ser estimada por los jueces en el caso concreto²¹. Y es que no podemos dejar de reconocer que a veces la autonomía es sólo una apariencia, porque no hay un verdadero acuerdo de las partes contratantes o porque el marco de los intereses y los interesados excede al del acuerdo y al de sus protagonistas.

Como vemos, los contratos aislados necesitan menos fundamentación, porque los legitima la fuerza de la decisión autónoma de las partes; en cambio, al superar los límites de cada contrato, la conexión requiere más fundamentos, en especial si se trata de una conexión no establecida de manera autónoma. El discurso de fundamentación de la conexión contractual ha de tener gran fuerza de convicción, sobre todo en cuanto significa pasar por encima de las razones primarias de cada contrato y un ejercicio de la autoridad.

De este modo, para apreciar el origen y el verdadero alcance de cada contrato, se atenderá al reconocimiento que se pudo hacer y se hizo respecto de la realidad a resolver; se considerará desde luego la decisión adoptada, pero sobre todo, creemos, se deberá atender a su efectivización, es decir a aquello que el profesor Morales ha denominado función económica global o causa concreta, función práctica, función económica individual, interés concretamente perseguido, interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer o síntesis de los intereses, o sea el fundamento objetivo de los efectos jurídicos como consecuencia del proceso de objetivación de los intercambios de bienes y servicios entre los particulares (2002: 120).

3. Valoración crítica. La coligación como estrategia de *repensamiento* del Derecho Civil

A riesgo de adelantar una conclusión, consideramos que el reconocimiento de la conexión o coligación contractual es una manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho, de esa estrategia de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies, de esa estrategia eficiente del conocimiento del “conjunto de la realidad” a la que el derecho debe adaptarse, y esto es así porque “el Derecho de nuestro tiempo debe reivindicar la justicia

²¹ La conexión provendrá de cierta “aristocracia” del saber, aquella que se entiende, conoce mejor las exigencias económicas, jurídicas, etc (Ciuro 1991: 57).

desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva”. Esto debe ser así porque “la justicia debe presidir el sistema en su conjunto” (1991: 313, 329 y 332).

Es necesario entonces que la venida a menos comprensión estratégico-jurídica de la visión del Derecho, deba recuperarse, y en el caso de nuestro objeto de estudio, creemos que eso pasa por la apreciación jurídica del “conjunto” como superador de los actuales límites de la recortada relatividad; pasa por el reconocimiento jurídico de la conexidad.

Creemos junto con Ciuro, que la relatividad hoy, compacta injustamente los efectos de los contratos, impidiendo que cada uno reciba estrictamente lo que le corresponde, esto es, constituye un obstáculo para la justicia. La conexión contractual en cambio, además de satisfacer esa “puntualidad” de las consecuencias y de fijarlas allí donde fueron programadas, puede asimismo conseguir que unos individuos no resulten cargados con consecuencias que corresponden a otros.

En esta perspectiva, afirma Ciuro, que la conexión “asegura” la justicia²² (1999: 53). Agrega López, sin desconocer los resultados contrarios de su exceso, que prescindir de las conexiones entre los contratos puede producir “disfunciones” y “resultados injustos” (1994: 330).

La figura de la conexidad contractual sintoniza más con la noción orgánica que prevalece en nuestra realidad; pues ya no estamos en la quietud que surge del contrato aislado, desvinculado de la realidad del mundo. Lo que fue antes moderno, tenía que seguir fluyendo como el agua del río de Heráclito.

Y es que como nos lo ha dicho De Trazegnies, en el Derecho Civil de la postmodernidad debe primar la eficacia para la consecución de las políticas propuestas (1991: 330), además un creciente esfuerzo para reconocer cierto margen mayor al valor de conjunto de la humanidad, de un humanismo libre de prisiones conceptuales.

La relatividad de los contratos imposibilita que el Derecho tome en cuenta la compleja economía del capitalismo actual. El aislamiento del contrato corresponde a un estadio de la tecnología que ha sido superado. En días de la informática globalizada y de las crisis financieras que se difunden en tiempo real por todo el orbe, no es sostenible ni viable hoy prescindir de la conexión contractual.

Si bien la modernidad hizo mucho para la comprensión de la “simplicidad pura” contractual a través de la relatividad, hoy corresponde desarrollar una “complejidad pura” para dar cuenta de la conexidad contractual, pero ella no puede sino ser una pureza justificada, apreciada rigurosamente de la operación económica de que se trate.

Un elemento de esa nueva racionalidad post-moderna y humanista que busca la justicia, lo constituye el principio de solidaridad, principio que como afirma De Trazegnies, no tiene porqué cancelar al principio de libertad individual, sino que lo complementa y lo organiza. La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del

²² Es notorio que cualquier reconocimiento de lo justo supone una apreciación que puede exceder los límites de un contrato. Se ha afirmado por eso que el apego radicalizado a cualquier positividad, en este caso a la de un contrato aislado, bloquea el funcionamiento de la justicia (Ciuro 1991: 53 y ss.)

Derecho Privado y no supone una estatización de la vida social. Por ese motivo, agrega el autor peruano, el Derecho Civil post-moderno exigirá de los juristas no una simple labor exegética sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones nuevas a problemas nuevos; aun cuando muchas veces se extraigan materiales de las viejas canteras conceptuales. (1991: 328-329).

La comprensión de la conexión contractual es un indicio de gran valor de la visión sistemática del Derecho Civil, y dadas las particularidades de los fenómenos de conexión, resulta imprescindible que entre tanto ella no se regule, su apreciación o sanción esté en manos de los jueces, que se encuentran o deberían encontrarse en mejores condiciones de conocer la realidad en su conjunto y sus rasgos específicos.

De esta manera, aun cuando no exista una conexión escrita, formal, la solución justa se efectivizará por la vía judicial, órgano de derecho público que captando el contrato en esta dimensión dinámica y más amplia nos permitiría llegar a la solución justa. Con ello el intérprete se acerca a la situación que ha provocado el conflicto y desde allí busca la respuesta adecuada que se construirá a la medida de los hechos. Así fue además como empezó a reconocerse en Europa, a través de la jurisprudencia.

Como hemos visto, la conexión determinada por la economía de la postmodernidad, obliga al derecho a repensar su tradición relativista del contrato, reconocer su vocación libertaria pero complementarla en los valores de justicia, solidaridad, reciprocidad, protección del consumidor, etc., en que se funda el humanismo presente. Se viene afirmando por eso que la relatividad de los efectos del contrato adquirirá un nuevo sentido en el Estado Democrático de Derecho, pues el contrato inter partes ya no es la única realidad en una sociedad marcada por la contratación en masa y la vinculación contractual (Catalan y Rahde 2014: 76).

Siguiendo a Ciuro en su conveniente síntesis del fenómeno, podemos señalar que un régimen humanista respeta a cada individuo en su unicidad, su igualdad y su carácter de integrante de la *comunidad*. Para hacerlo, ha de satisfacer respectivamente el liberalismo, la democracia y la “*res pública*”. La relatividad contractual suele referirse más a la unicidad y el reconocimiento de la conexión se remite en mayor medida a la igualdad y a la participación en una comunidad. La relatividad es más afín al liberalismo; la apreciación de la conexión se emparenta más con la democracia y la “*res pública*” (1991: 60).

En nuestro país, como lo ha anotado Vásquez, cuya forma de contratación no es distinta a la de los otros países donde sí se reconoce este fenómeno de la coligación contractual y rige también el paradigma del mercado, no se puede seguir negando la presencia de este fenómeno en la práctica contractual cotidiana. Hacerlo sería un error (2012: 81). No podemos estar más de acuerdo con el citado autor. Tenemos casi 30 años de atraso en materia de reconocimiento de la figura de la coligación en materia de protección al consumidor en una operación económica de compra financiada.

CAPÍTULO III

APROXIMACION AL PROBLEMA DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR LA INDEBIDA GESTION DE LOS RIESGOS DE SU ACTIVIDAD

Ulrich Beck decía que los riesgos de la modernización son un *big business*, necesidades insaciables que buscan los economistas, pues se puede calmar el hambre y satisfacer las necesidades, pero los riesgos de la civilización son un *barril de necesidades sin fondo*, inacabable, infinito, autoinstaurable. Es preciso por ello -agrega el autor, desplegar y analizar el potencial político de la sociedad del riesgo en una sociología y en una teoría del surgimiento y difusión del *saber de los riesgos* (1998: 29). Algo de eso queremos hacer en esta parte del trabajo.

Y es que ante el avance de la sociedad del riesgo todo parece indicar que éste tendrá una presencia mayor, lo que justifica plenamente su tratamiento jurídico, con miras a disciplinar su prevención, asunción, traslado o aseguramiento. Por eso, luego de un breve repaso sobre las nociones de culpa y riesgo como criterios de imputación, daremos cuenta en este capítulo de cómo se va delineando una tercera vía que incorpora el riesgo en la culpa.

La quiebra de los bancos generó la necesidad de controlar y gestionar los riesgos. Así surgió y se institucionalizó el riesgo operacional y se consolidó el riesgo de crédito. Ambos han sido ampliamente tratados en clave de gestión financiera, pero lo que vamos hacer aquí, es tratarlos en clave de responsabilidad civil, en este capítulo en un aspecto general y en el siguiente en relación concreta con nuestro problema de estudio.

Veremos seguidamente como los bancos tienen una posición de preeminencia derivada de su capacidad organizativa, experiencia y conocimientos en el campo de su actividad, estatus que le confiere la responsabilidad de gestionar los riesgos inherentes a ella y precaver los daños que pueda conllevar. El contenido de su deber de diligencia por eso, proponemos aquí, debe estar integrado por los postulados de su *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, su obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito instituidos en la disciplina financiera en las últimas décadas por los acuerdos de Basilea.

Y es que si bien para los operadores financieros, Basilea II significó una mejora en la seguridad y solvencia del sistema financiero al permitir una mayor sensibilidad al riesgo e incentivar que los bancos mejoren sus capacidades de gestión y control del mismo, para los operadores del derecho, dicho acuerdo nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarlos a la realidad con los instrumentos de las otras ciencias sociales (1991: 324-325).

De esto trata esta parte del trabajo, incorporar los tópicos de los riesgos bancarios en el juicio de la diligencia profesional que le es exigible a los bancos, como paso previo a lo que desarrollaremos en el capítulo final, esto es, el juicio concreto de la gestión bancaria de cara al cumplimiento de la operación económica de nuestro estudio.

1. Notas sobre los criterios de imputación

1.1 La responsabilidad subjetiva: la culpa

Se entiende por culpa la ruptura o contravención del estándar de conducta. No importa el aspecto subjetivo (moralista o religioso) que a priori evoca la palabra; lo que importa es el comportamiento a la luz de lo que el ordenamiento exige dada las circunstancias, para evitar la lesión de intereses ajenos.

Se ha distinguido la *culpa en abstracta u objetiva*, cuando el agente viola parámetros de comportamiento fijados por la ley (Espinoza 2007: 136-137) y para cuyo establecimiento se recurre a patrones “objetivos” como el del “hombre medio” u “hombre razonable”, analizando dicha violación bajo los criterios de prudencia y diligencia (Fernández: 2005: 244); y la *culpa en concreto o subjetiva*, cuando su reconocimiento se sustenta en las características personales del agente, englobando ella la imprudencia y la negligencia (Espinoza 2007: 138).

En relación a esta clasificación, el profesor Gastón Fernández ha expresado con acierto que mientras subsista la regulación legal de valoración “in concreto” de la culpa en sede contractual (Art. 1320 del C.C), ésta se valorará así también en sede extracontractual, tomando como referencia “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (2005: 256).

Pertinente es agregar que el referido profesor Fernández, siguiendo una autorizada doctrina italiana, ha planteado que la obligación está vinculada siempre a un resultado útil para el acreedor, debiéndose aceptarse que es el interés en éste y no el mero esfuerzo, el que debe ser objeto de control para determinar la responsabilidad del deudor, cuyo límite propone, sería la imposibilidad sobreviniente por causas no imputables (caso fortuito y fuerza mayor), es decir, “la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad”, de modo tal que “el deudor sólo cumple con su deber de diligencia vigilando que causas ajenas a él no le impidan cumplir, extendiéndose este deber de vigilancia hasta el instante mismo del cumplimiento” (2004: 585-625).

Este ampliado concepto de diligencia y el rol de vigilancia que implica nos servirán para incorporar la gestión de riesgos al control que se tenga que hacer de ella. Pero al hacerlo vamos a prescindir de la naturaleza compleja que se pretende dar a la obligación fragmentada en obligaciones de prestación y de protección, que juzgamos no resultan operativas para tratar la operación económica bajo estudio.

1.2 La responsabilidad objetiva

El principal fundamento de la responsabilidad objetiva es la teoría del riesgo, aquella sustentada en la fórmula según la cual, quien con su actividad crea condiciones de riesgo o peligro debe soportar las circunstancias adversas que se generen. Existe sin embargo otros

supuestos de responsabilidad objetiva recogidos por la legislación, basados en situaciones de ventaja o beneficio que le reporta la actividad o situaciones legales por ella determinada. Lo que uniforma a todas las situaciones es que no se precisa de la culpa o del dolo para imputar la responsabilidad.

1.3 Noción de riesgo

Generalmente se dice que una acción determinada tiene riesgo cuando no conocemos con certeza su resultado. Así, el riesgo no es más que la posibilidad de que obtengamos un resultado distinto al que buscábamos cuando iniciamos la acción (Mascareñas 2010: 2). Se dice también que es la probabilidad de que una amenaza se convierta en un desastre (Pacheco y Torres 2013: 222) o la posibilidad de que ocurra un suceso que puede ser susceptible o no de medición (Mesina de Estrella 2004: 13).

Llevándolo al plano de la actividad empresarial, el riesgo es considerado como “la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos”, probabilidad que debe ser gestionada, valorada y analizada dentro de los procesos de gestión de riesgos que las empresas en forma organizada emprendan (Anaya 2012: 309).

Los economistas prefieren distinguir el concepto de “incertidumbre” del concepto de “riesgo” en sentido estricto: “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades (Kafka citado por Haro 2004: 190). Queda claro entonces se agrega, que en condiciones de incertidumbre quien posea mayor información estará en capacidad de predecir con mayor exactitud el riesgo involucrado en una transacción (2004: 191).

En otro aspecto Coleman afirma que los contratos asignan riesgos *ex ante* mientras que el derecho de daños los asigna *ex post*, correspondiendo a la jurisdicción imponer los derechos y deberes *ex post* que no fueron explicitados *ex ante* (2010: 29 y ss.).

Actualmente los riesgos de la modernización como afirma Beck, son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial de *incalculables e impredecibles* efecto nocivos, y en tanto afectarán también tarde o temprano a quienes los producen o se benefician (en la salud, la legitimación, la propiedad y la ganancia), estos diversos riesgos en su contenido, espacio y tiempo, reclaman una uniformización y tratamiento con los nexos de responsabilidad social y jurídica (1998: 28). En este aspecto, ya ha advertido Alpa que el riesgo no puede quedar inmune de “contaminaciones” de las doctrinas económicas de donde proviene, y por eso no puede adquirir ciudadanía aún en el mundo del derecho (2001: 86-87).

Como vemos, este concepto que cada vez llama más la atención de los juristas, tiene implicancias y alcances también cada vez mayores y por eso no puede ser suficientemente abordado por la dogmática. Este trabajo pretende ser un aporte en esa tarea.

1.4 El Riesgo como criterio de imputación

Fueron los juristas franceses Raymond Saleilles y Louis Josserand, quienes a finales del siglo XIX y principios del XX, promovieron la objetivación de la determinación de la responsabilidad civil en su afán de resolver casos de accidentes de trabajo y socorrer al

obrero (De Trazegnies 2015: 74). Para hacer responsable al patrón sin tener que probar la culpa, el primero lo hacía con su teoría del “riesgo beneficio” resumida de la siguiente manera: “El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa” (Mazeud y Tunc 1963: 87). Fue así como nació la teoría del riesgo.

Por su parte Josserand postuló la tesis del “riesgo creado”, indicando que se es responsable por el hecho propio, por el de las personas de las que se deba responder “o de las cosas que se tienen bajo guarda (Ex Art. 1384 del Code)” (1950: 410), argumentando que basta establecer que se ha producido un daño y la existencia del vínculo de causalidad entre éste y el hecho del trabajo para configurar la responsabilidad del dueño de la cosa, en este caso de la empresa.

La teoría del riesgo ha transitado por tres caminos principales. El primero el del riesgo beneficio, de acuerdo con el cual quien en el desarrollo de una actividad genere un riesgo y obtenga de esta una ventaja o utilidad, debe indemnizar los perjuicios que se causen derivados de tal riesgo, sin importar si actuó diligentemente. El segundo, el del riesgo creado, que postula que quien en desarrollo de una actividad genere un riesgo, está en la obligación de indemnizar los perjuicios generados sobre terceros, sin importar si el agente obtiene un provecho o no. El tercer camino, es el del riesgo profesional, del cual se habla para referirse al desempeño en forma profesional de actividades que entrañan riesgo para terceros, como el fundamento de la responsabilidad (Alpa 2001: 86 y Rodríguez 2014: 295-296).

Citando a Pacchioli y poniendo énfasis en la nueva dimensión de la persona, sentencia Alpa que cuando un sujeto no actúa “biológicamente”, pero organiza una actividad económica con fines de lucro, debe sufrir también las desventajas, resarciendo los daños ocasionados a terceros aun cuando sea inocente (2001: 86). En síntesis, cualquiera que emplee fuente de riesgos debe soportar las consecuencias negativas. Esto, nos lleva a lo que trataremos enseguida: el riesgo de empresa.

1.5 Riesgo de empresa

El riesgo de empresa, como criterio de imputación de responsabilidad civil, fue desarrollado por la doctrina italiana moderna. Para Orlando “quien quiera que en el ejercicio de una empresa o de una actividad cualquiera ocasione al derecho ajeno, un daño que sea consecuencia directa o indirecta de aquella actividad, debe resarcir este daño, no importando si en el evento dañino el agente no hubiera pecado por negligencia o imprudencia, y cuando también el evento mismo, aisladamente considerado, pueda parecer dependiente del caso fortuito o de fuerza mayor” (en Alpa 2001: 87).

En esta línea de desarrollo, luego que se propusiera al comienzo en Italia el principio que “el riesgo obliga”, esta frase fue sustituida por “assurance oblige”, con lo cual quien debe asumir el riesgo es el que debe contratar el seguro que lo cubra. Ahora bien, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, esto es, el normalmente previsible y típicamente conocido por la actividad económica. Y es que como afirma Alpa, lo que busca la doctrina no es tanto endosar a la empresa un mayor número de costos, sino el de repartirlos en un número más amplio de personas (2001:87).

Esto que se conoce como proceso de socialización de los costos de los daños como apunta Franzoni (2009: 38) o colectivización de las pérdidas como apunta Alpa (2001: 93), se realiza directamente, emparejando la responsabilidad civil con el seguro obligatorio para algunas actividades o, indirectamente, a través de criterios de imputación de responsabilidad que prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo de los daños en cabeza del sujeto que esté en mejor condición de redistribuirlos sobre la colectividad, ya sea aumentando el precio de los bienes y servicios o recargando en el mismo, los costos de las primas de seguros.

Como vemos, junto con el derecho a la iniciativa privada y la organización de la empresa, están; primero, la obligación de previsión de los daños que genere la actividad y segundo, su obligación de aseguramiento. Y es que, si el mecanismo resarcitorio sirve para transferir los riesgos sobre el sujeto que se encuentre en mejor posición de soportarlos, éste puede asegurarlos distribuyendo la prima entre toda la colectividad a través del precio. En efecto, es el empresario el que está en mejores condiciones de administrar el riesgo de los daños a través del seguro y de incorporar la asunción del mismo (la prima), al costo de la producción, el cual es distribuido entre el público a través del precio de los productos y servicios.

Esta tesis es compartida por De Trazegnies, para quien no es razonable tratar la responsabilidad civil extracontractual (esto es aplicable también a la contractual por lo menos respecto de los riesgos no distribuidos o mal distribuidos), como un problema de dos: causante y víctima, sino que la responsabilidad moderna alcanza, dentro de relaciones con carácter sistémico y estadístico, a cada uno de los miembros de la sociedad. En ese sentido, “todos somos de alguna manera causantes y, por tanto, todos debemos contribuir económicamente a reparar los daños causados” y, dado que nuestras sociedades viven dentro de una organización de mercado, agrega el profesor peruano, se debe cargar el pago de la reparación a la parte que esté en mejores condiciones económicas de asumir el costo e ingresarlo a esa red universal de distribución que es precisamente el mercado. Es la empresa la llamada a considerar los riesgos como parte de sus costos y, tenerlos en cuenta al momento de fijar sus precios. De esta manera, concluye nuestro autor, el monto pagado por el daño será asumido por todos los consumidores (2015: 81).

En materia de responsabilidad contractual, la relevancia de la organización empresarial ha llevado a proponer a Trimarchi la distinción entre dos áreas: el de las *actividades empresariales*, en el cual sería válido un criterio de responsabilidad objetivo, que puede ser sancionado bien por el legislador de modo expreso o ser consecuencia de la noción “objetiva” de la culpa que los jueces utilizan cuando deben evaluar la responsabilidad del deudor-empresa; y el área de las actividades de los deudores “comunes”, dominada por el criterio de la culpa. Por eso se habla de un estatuto autónomo de la “responsabilidad empresarial” (En D’Amico 2015: 69-70).

Ahora bien, este riesgo de empresa como criterio objetivo de imputación se aplica según Alpa en tres situaciones: el daño ocurrido al dependiente en oportunidad del trabajo, el daño al consumidor y el daño al medio ambiente (en Mesina de Estrella 2004: 199)²³. De la segunda nos ocuparemos en las líneas siguientes.

²³ Esta posición ha sido acogida por la doctrina Argentina en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín 1994.

2. La responsabilidad de la empresa bancaria frente al consumidor

2.1 La responsabilidad de las entidades financieras: del derecho común a la tutela consumerista

Se sostenía hasta antes que se promulgaran las leyes o códigos de protección al consumidor, que la responsabilidad de las instituciones financieras estaba regulada por los principios generales contenidos en los códigos, civil y de comercio. Se decía que a falta de norma específica que regule la responsabilidad de los banqueros, en términos generales, ella pertenece al derecho común y se rige por los principios contenidos en el Código Civil, requiriéndose en consecuencia la demostración del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho (Figueroa 2010: 495).

Actualmente y como ocurre en otras legislaciones consumeristas, en vista a que nuestro Código Consumo (Artículo IV), define como *servicio* a toda actividad que se presta en el mercado e incluye dentro de ellas a la bancaria y financiera, no existe duda acerca de su tutela alcanza a los clientes o usuarios de los servicios bancarios. Ello queda corroborado por el tratamiento especial que el código otorga a estos servicios en el Capítulo V del Título II, denominado *productos o servicios financieros*, en el que existe un elenco de dispositivos legales que se aplican a la relación de consumo bancaria. Para nosotros sin embargo, la tutela que otorga este capítulo y el código en general, es deficiente pues por ejemplo, como ya se anotó antes, no contiene una tutela orgánica del consumidor a crédito.

El reconocimiento del consumidor bancario no es de larga data. Alpa nos habla de cómo salvo en el ámbito del crédito al consumo (precisamente en el que nuestro código guarda silencio), las medidas de tutela del consumidor bancario en sede comunitaria no tiene muchos años. Él advierte que las razones del retardo se debieron a: (i) la falta de conciencia de la situación de inferioridad del consumidor; (ii) la idea formada de que el mercado financiero como construcción jurídica es indiscutible e inmodificable; (iii) el poder económico y político de los bancos; (iv) la prioridad de las políticas públicas en materia de salud y de seguridad antes que en los intereses económicos de los consumidores y; (v) la prioridad en materia de producción y distribución de bienes antes que en los servicios (2004: 323).

Se considera incluso actualmente que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores. Por ello, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros, no obstante lo cual como anota Zunzunegui, el Tribunal Supremo español ha reconocido que la inexistencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que sea aplicable la legislación general de protección de los consumidores (2013: 4).

Y es que en la Unión Europea no existe un código que recoja y sistematice toda la regulación financiera protectora del consumidor financiero. La norma principal es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, referida a los mercados de instrumentos financieros.

Alpa nos habla sobre como los programas comunitarios, impulsados por el principio de subsidiariedad, se adhirieron a la orientación liberal, dejando de lado la orientación intervencionista anterior. Ello a partir de considerar al consumidor ya no como el sujeto a “tutelar” sino el sujeto a “informar”. Se sostenía que siendo el consumidor un *homo economicus* era necesario colocarlo en una posición de paridad con su contraparte el banco y ello se lograba a través de la información, elemento con el cual el consumidor podría realizar elecciones libres y conscientes (2004: 330-331).

Este modelo de regulación sin embargo, fue puesto en cuestión por la crisis financiera. Antes de ella se confiaba en el incentivo de las propias entidades interesadas en proteger su reputación mediante buenas prácticas financieras, pero luego los abusos y comportamientos oportunistas de los bancos forzaron la revisión del modelo.

La reunión del G-20 de noviembre de 2008 dejó claro que estábamos ante una crisis de confianza y que, además de reforzar la solvencia del sistema, era necesario aprobar medidas de protección del cliente financiero. Esta es la dirección que se ha tomado, un cambio hacia la intervención directa en la protección del consumidor financiero y un mejor control del diseño de servicios, reformas que buscan alinear los intereses de los bancos con los de la clientela, en una relación fiduciaria. Se pasa así de hacer responsable al cliente a través de la educación financiera y el suministro de información técnica, a la protección directa del cliente como consumidor (Zunzunegui 2013: 10).

En la experiencia argentina, Lorenzetti considera que no obstante que la Ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor de 1993) no menciona a los negocios tradicionalmente bancarios en su artículo 1, para él si los incluye. Ello a partir de estimar que el derecho del consumidor es un microsistema autorreferente, por lo que el vocablo *servicio* se autoabastece de significado dentro del referido derecho especial (financiero). Menciona además que la jurisprudencia se ha inclinado por aplicarla a los contratos bancarios. Por eso afirma “el banco siempre es proveedor profesional” (2003: 16)²⁴. Gerscovich agrega que los tribunales argentinos, frente a los problemas suscitados en el ámbito del derecho bancario especial, han resuelto de manera pragmática, aplicando el derecho común y el derecho tuitivo de los consumidores (2003: 97).

En la experiencia colombiana se ha afirmado también que está claro que los bancos prestan servicios financieros y como tal, se encuadran dentro de la clase de servicios que mencionaba el Decreto 3466 de 1982 y el nuevo Estatuto del Consumidor, por lo que ellos están obligados a prestar servicios en condiciones de calidad e idoneidad (Anaya 2012: 298).

En la experiencia brasileña, luego de las grandes discusiones que a nivel doctrinario se planteó al inicio de la vigencia de su Código de Defensa del Consumidor (1990), actualmente la doctrina y la jurisprudencia (que siempre se pronunció por su aplicación), consagran la sujeción de las instituciones financieras a la legislación consumerista, considerándolas como prestadores de servicios (Alvergaria 2006: 19).

²⁴ Orlando Muño cita la jurisprudencia del 11 de mayo de 2011 en la que se indica que los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicios financiero a consumidores finales (2011: 4).

Ahora bien, una cosa es que el cliente bancario sea considerado un consumidor y por tanto objeto de tutela de la legislación consumerista y otra que se aplique a las entidades financieras en los casos de daños generados en el desarrollo de su actividad, el criterio objetivo de imputación del riesgo, ya que como veremos más adelante, éste es solo aplicable en nuestra legislación a los casos de *productos* defectuosos y los bancos generalmente solo ofrecen *servicios*. La culpa entonces gobierna la responsabilidad bancaria y de ahí la importancia de desarrollar su perfil profesional.

2.2 Perfiles de la culpa profesional. Del profesional liberal a la empresa profesional

En principio debemos mencionar que no nos vamos a referir aquí a las hipótesis de responsabilidad derivadas del Art. 1762 del Código Civil calificado con acierto de “saldo de inmunidad histórica” (Espinoza 2007: 143). Tampoco hablaremos de la culpa profesional derivada de la actividad de los profesionales liberales. Nos ocuparemos sí de la responsabilidad de las organizaciones empresariales de estirpe moderna, es decir aquellas que han proliferado con el desarrollo de la ciencia y la tecnología y las nuevas o renovadas necesidades.

Ya Alpa había advertido con acierto que hoy son dos los perfiles relevantes de la culpa profesional: (i) el de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar la actividad y (ii) el de los profesionales individuales sujetos a estatutos que regulan su actividad. En el caso del primero advierte también nuestro autor, que estaría operando un deslizamiento del área de la culpa al área de la responsabilidad de la empresa (2001: 272). De este perfil nos ocuparemos precisamente en esta parte del trabajo.

Partamos primero por definir lo que se entiende por culpa profesional. Se dice que ésta no es más que la culpa en que puede incurrir un profesional en el ejercicio de su quehacer específico (Mosset 2006: 362), es la falta de la diligencia profesional y ésta no es más que la diligencia común que es debida en un acto profesional, esto es, la reclamada por la naturaleza del acto profesional que ha de ejecutarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Woolcott 2002: 523).

No existe entonces un concepto autónomo o especial de culpa profesional, ella consiste solo en la culpa del profesional como manifestación de la culpa ordinaria en el desarrollo de las actividades profesionales que suponen una competencia técnica en la materia. Su contrapartida, la diligencia profesional, “comprende no solo la atención de los actos profesionales, sino además el aspecto técnico específico requerido por las circunstancias... una exigencia de buena y esmerada conducta” (Woolcott 2002: 523).

Al respecto, afirma D’Amico comentando el Art. 1176 del *código*, que si bien existe una distinción en la norma entre la culpa común y la culpa profesional, no obedece ella al aspecto subjetivo o calidad del agente, sino al aspecto objetivo de la *naturaleza de la actividad* que es objeto de la obligación, de modo que cuando se trate de una actividad profesional, la diligencia será evaluada de conformidad a estándares (de pericia, habilidad, etc.) “técnicos” inherentes a la *actividad* de que se trate. (2015: 191-192).

A tal punto se ha llevado esta exigencia, que se afirma que es frecuente que a los profesionales se les coloque en un pedestal como si fueran poco menos que omnipotentes,

solo para poder requerirle toda clase de resultados o censurarle hasta la más pequeña falta (Rodríguez 2005: 3659), sobre todo en el ámbito del derecho del consumidor. No se puede desconocer sin embargo que el que brinda un servicio profesional debe tener los conocimientos suficientes que le posibiliten ocupar con holgura el lugar del que sabe y en ese sentido se puede hablar de una “jerarquía cognitiva” (Gherzi 1995: 24).

En el ámbito contractual se sostiene que son los intereses involucrados en el contrato los que marcan el esfuerzo debido, dando paso así a la “diligencia circunstanciada” (Woolcott 2002: 524). Al profesional se le exige así, la máxima prueba de haber empleado todas las medidas idóneas para evitar el daño porque el profesional está en una situación de “superioridad contractual” (Gherzi 1995: 48).

En relación al alcance de la diligencia profesional, la doctrina y la jurisprudencia dominante italiana sostiene que ella está gobernada por criterios de naturaleza social y técnica. Bianca señala por eso que la diligencia comprende la atención dirigida a la satisfacción del interés creditorio (cuidado), la observancia de las medidas para evitar que se impida la satisfacción de ese interés creditorio y otros jurídicamente tutelados (cautela), el empleo de nociones y conocimientos técnicos adecuados (pericia) y finalmente la observancia de las normas jurídicas para la satisfacción del interés del acreedor y el respeto de su esfera jurídica (legalidad) (en Favale 2015: 38-39).

Estos conceptos de culpa profesional son desde luego aplicables a la empresa como organización profesional que desarrolla una actividad, que es el modelo que actualmente tiene mayor presencia en el mercado de bienes y servicios, y en tanto proveedores de estos, sujeto de la regulación consumerista.

2.3 La responsabilidad profesional de las entidades financieras

La prédica de la responsabilidad profesional de las entidades financieras no es actual. Tiene escrito Ferri en 1958 que la concepción subjetiva del banquero como profesional goza de actualidad en Francia, mientras que en Italia se pone un acento mayor en la organización de la empresa bancaria. La “profesionalidad” de la actividad bancaria es empleada por la doctrina como parámetro de determinación de los niveles de diligencia debida (citado en Anelli 2003: 636).

Actualmente se sostiene que la responsabilidad agravada del banco por su profesionalidad es cuestión pacífica en la doctrina tanto nacional como extranjera (Martínez 2005: 15). Se afirma que ellos deben obrar de buena fe, teniendo en cuenta los intereses de sus clientes, con lealtad y con la diligencia de un *profesional* en la materia, porque el viejo patrón del buen padre de familia o del buen hombre de negocios (estándar del derecho civil y comercial respectivamente), han sido superados por el concepto de la *profesionalidad* en el ejercicio de la función de intermediación financiera (Gonzales 2000: 92).

La diligencia exigible a la entidad financiera entonces "es la de un profesional experto... que en función de su actividad, debido a la especialización de las operaciones que realiza, tiene que guardar objetiva y subjetivamente la diligencia que comporta los riesgos derivados de su alta cualificación" (Martínez 2005: 15).

Se alude a dicha diligencia como la de un *profesional* que “está dotado de una específica competencia técnica y de medios idóneos para llegar a una precisa valoración de las

condiciones patrimoniales de quien contrata con él". Se resalta así que la responsabilidad del banco es agravada por su condición de experto en la materia. Se dice por eso que "la diligencia de un banco ha de ser la de un comerciante prudente y experto y, en consecuencia, deberán juzgarse con mayor severidad sus errores o negligencias, al tratarse de la actuación de un técnico en el que se confía el cliente, carente, en generalidad, de conocimientos específicos sobre la materia" (Mariño 2004: 217-218)²⁵.

Como vemos, la actividad financiera es una actividad profesional especializada, para cuyo ejercicio debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios, y obrar conforme a las reglas y métodos aplicables a dicha actividad, con la diligencia y previsión indispensables a ella, máxime si tiene frente a sí a un consumidor profano. Se puede concluir en este punto entonces, que a las entidades bancarias se les debe exigir actuar en todos los ámbitos y circunstancias, con la máxima diligencia y cuidado dignos de un profesional en la materia.

2.4 La responsabilidad agravada del experto en la actividad. La *lex artis*

Dada la particular diligencia exigible a los bancos, nosotros pensamos que el juicio de su responsabilidad civil debe tomar en cuenta la gestión de los riesgos de su actividad, los mismos que se encuentran instituidos en la legislación especial y que vigorizan el estándar de su culpa profesional. El derecho civil en esta materia tiene que ser repensado como nos lo invita hacer el profesor De Trazegnies, para que no permanezca estático.

El banco tiene que ser apreciado ahora, más que profesional, de experto. Ya no basta el mero esfuerzo, se ha dicho ahora que "se requiere que tales esfuerzos sean idóneos, adecuados, eficientes y conducentes conforme a la *lex artis*; por consiguiente, el grado de diligencia y cuidado que debe observar es y debe ser más exigente que el que se exige a un profesional común" (Baena 2013: 23).

En esta línea, D'Amico apoyándose en una cita de Cannata, afirma que en las obligaciones con carácter técnico, aquellas ejecutadas de conformidad con las reglas del arte, únicamente la culpa-impericia, aunque no sea grave, deviene en inexcusable (2015: 196).

La *lex artis* se erige entonces como un criterio valorativo de la corrección de la actuación del profesional, en este caso de la actividad bancaria, que tiene en cuenta las circunstancias en que la misma se desarrolla.

El término *lex artis* proviene del latín que significa Ley del Arte, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Ha sido empleada para apreciar si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Afirma Martí que la jurisprudencia española denomina *lex artis* a los niveles de calidad en la prestación de servicios (2009: 59).

Si bien este concepto es ampliamente utilizado en materia de responsabilidad médica, es posible extrapolarlo a cualquier ámbito en el que se espere que una persona o la organización de éstas (las empresas) desempeñen su trabajo de acuerdo a unos estándares de profesionalidad²⁶.

²⁵ Con abundantes citas de autores españoles coincidentes.

²⁶ La *Lex Artis* ha sido también aplicado a la actividad bancaria no solo en España, sino también en Colombia, que alude directamente a él en diversas sentencias, indicándose que para apreciar la conducta de un

La *lex artis* es pues, una referencia objetiva en la valoración de la conducta que se hace con base en criterios derivados del conocimiento que existe sobre un problema específico en un momento histórico determinado.

A riesgo de adelantar una conclusión, sostenemos que son las reglas expedidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo y riesgo de crédito, las que resultan aplicables en materia de responsabilidad del profesional bancario respecto del consumidor. En ese sentido, se incorporan ellos a la fórmula del *riesgo típico*, es decir aquellos eventos que una parte asume el deber de prevenir o impedir su verificación o que verificándose produzcan los efectos dañosos a la otra parte; riesgo que no parece ubicable fuera de las obligaciones (D'Amico 2015: 114-115).

2.5 Los sistemas expertos y la actividad financiera

Giddens describe los “sistemas expertos” como sistemas técnicos que organizan el ámbito social y material en el que transcurre nuestra vida (1994: 37). Compartiendo esta definición, agrega Lorenzetti que la organización económico-social en una economía global tiende a configurarse como un sistema experto en numerosas actividades, citando como ejemplo de ellas, el viaje en avión, el turismo, los servicios informáticos, los bancarios ya que todos presentan características similares en el plano organizacional: a) son sistemas en que el individuo no se relaciona con otro individuo, sino con un sistema de individuos; b) son expertos ya que presentan características tecnológicas inescrutables y el individuo sólo se relaciona con su presentación externa y simplificada (2001: 82).

Resultando la relevancia de este tipo de sistemas para el derecho, agrega Lorenzetti que los modelos de comportamiento racional y los estándares de “contratante medio” deben reformularse, puesto que la conducta del individuo se basa ahora en la confianza y ésta se construye a partir de la “apariencia” que crea el “sistema experto”. Y es que sería imposible de vivir y se elevarían los costos de transacción si el consumidor tuviera que verificar y entender razonablemente cada acto del sistema con los cuales se relaciona. Esto lo llevaría hacia un agotamiento psicológico (2000: 14).

Consideramos que son expresión de la característica técnica y simplificada de ese sistema experto frente al consumidor profano, las cláusulas predisuestas en los contratos de adhesión; expresiones además, no lo olvidemos, del desequilibrio apoyado en la asimetría en la información.

En sintonía con esa cualidad del agente y como ya anotamos antes, se viene sosteniendo que el contrato moderno del derecho común, es casi marginal frente a otras formas contractuales presentes en el mercado, uno de los cuales es precisamente el contrato con el consumidor. Por eso Benedetti propone al primero como aquel “completamente negociado por los contratantes *expertos* (o, por lo menos en teoría, igualmente en experiencia) que

banco se puede acudir a la *lex artis*, esto es criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Así a efectos de la concreción de la conducta, se puede acudir a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o "*Lex Artis*", en su esencia cambiante por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar propias de cada profesión. Cfr.: http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_f9c8147cb2e7008ae0430a010151008a

aspira al máximo de libertad, y reivindica la intervención minimalista del legislador” (citado en Schiesaro: 114); mientras que del otro, los contratos no solo con el consumidor sino también a otras formas de contratante débil (usuarios, empresas débiles, etc.), es decir, clientes que suele ser *outsiders* que carecen de los conocimientos específicos y las capacidades técnicas y organizativas [representativos del sistema experto], que le permitan controlar la prestación característica que le es destinada, las cuales están concentradas en la empresas proveedoras *insiders* que dominan el contrato (Roppo citado en Schiesaro 2016: 115).

Como anotó Lorenzetti, hoy ya se afirma que la actividad bancaria forma parte de lo que se considera como un “sistema experto”, en el que el “consumidor profano” confía que funcionará siempre razonablemente bien, esto es, que la prestación del servicio bancario no solo será correctamente ejecutada, sino que será técnicamente eficaz. Y es que el consumidor profano desconoce los detalles del funcionamiento del sistema y se limita a realizar actos parciales de la cadena total de acciones que éste implica. En este sentido, el sistema experto bancario crea una apariencia que genera confianza, de modo que ésta deber ser tutelada.

Este es el sustento de la obligación de las entidades financieras de contar con adecuados procedimientos y metodologías para la gestión de los riesgos de su actividad, así como de contar con una adecuada estructura organizacional, capacidad operativa y soporte tecnológico para asegurar una eficaz prestación de sus servicios.

3. La gestión de los riesgos en la actividad bancaria

3.1 El riesgo en los servicios financieros y la justificación de su regulación por el Estado

El fenómeno de la globalización y la desregulación hizo que las entidades financieras crecieran y lleguen a tener una presencia mayor en las relaciones contractuales y la vida moderna. Estas instituciones realizan actividades en múltiples mercados, financiando diversas industrias y al consumidor en sus crecientes necesidades y por ello han tenido que desarrollar perfiles de riesgo cada vez más complejos. Y es que son ellas más que otras, las que conllevan en el desarrollo de su actividad y obtención de sus beneficios, la asunción de la mayor cantidad de riesgos. Se dice sencillamente por eso que “los bancos se dedican a gestionar riesgos” (Boatright 2011: 510), son constantes evaluadores y tomadores de riesgos, los cuales son inherentes a la mayoría de las decisiones que constantemente deben tomar (Gerscovich 2003: 55).

Los bancos en el desarrollo de sus operaciones activa, pasiva y neutras, pueden engendrar riesgos que impactan en el bienestar social y económico de las personas, quienes pueden perder sus ahorros o ingresos confiados a la gestión bancaria. El riesgo para los bancos es consustancial a su negocio y por ser fuente de sus beneficios, es imprescindible una adecuada gestión de los mismos. El propósito de esta gestión no solo es evitar la afectación del patrimonio bancario sino también el de sus clientes y terceros que entran en contacto con la actividad.

Ahora bien, como es natural que las entidades bancarias tratarán siempre de maximizar sus ganancias, y ello puede ir en detrimento y de hecho así lo demuestra la experiencia de los

últimos años, del consumidor, el Estado, a través de la regulación, tiene la obligación de insertar en el mercado financiero no solo reglas de transparencia, seguridad y de información a favor de los consumidores, sino además reglas de gestión de los riesgos de su actividad.

No olvidemos que el consumidor se encuentra en una posición sumamente débil y su “poder negociador” dada la modalidad de contratación que se emplea (de adhesión), es sumamente restringido. No olvidemos tampoco que una crisis financiera puede llegar a convertirse en un problema público y surtir efectos sobre el resto de las actividades económicas de un país.

Esto justifica que el Estado intervenga, regulando y supervisando el desenvolvimiento de la actividad o el mercado bancario, que como todo mercado, es pasible de fallas que deben ser corregidas por el Estado y, aunque el alcance de esta “intervención” puede ser objeto de crítica, actualmente ella ha sido aceptada y consagrada por todas las economías modernas del mundo, calificándose de necesaria para corregir las fallas del mercado, como las externalidades, la asimetría informativa entre agentes y usuarios, los costos de agencia y la competencia (Vodanovic 2012: 148).

3.2 Antecedentes del tratamiento de los riesgos bancarios

Como anotamos líneas atrás, los riesgos de la modernización son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial que afecta a todos, incluso a los beneficiados de las actividades que las engendran como los bancos. Sobre la gestión de sus riesgos se viene hablando hace más de 40 años en que se desarrollan los conocimientos teóricos registrados en su ámbito (Boatright 2011: 510), pero fue 1974 en que, para asegurar la “salud” del sistema bancario, los países integrantes del G-10, crearon el llamado Comité de Basilea, integrado por los bancos centrales y autoridades de supervisión de los Estados miembro, el mismo que tiene a su cargo la elaboración de principios para la regulación de la actividad bancaria, teniendo en cuenta su carácter transnacional.

En julio de 1988, este Comité publicó el primer Acuerdo de Capital conocido como Basilea I, cuyo propósito era evitar que los bancos incurriesen en excesivos riesgos crediticios, exigiéndoles mantener un nivel mínimo de capital en función del riesgo asumido, de manera que en casos de insolvencia de sus deudores, poder absorber las posibles pérdidas, sin provocar su quiebra (Jimenez y Martín 2005: 54).

Al principio solo se tenían en cuenta el riesgo de crédito y el riesgo de mercado (instituido en 1996), pero la creciente complejidad de la actividad bancaria así como las prácticas de gestión de riesgos provocaron que el Acuerdo de Basilea I quedara desactualizado porque “infravalora los riesgos y sobrevalora la suficiencia de capital de las entidades financieras” (Jiménez y Martín 2005: 56).

Ante esta situación, en el 2003 el Comité aprobó el Nuevo Acuerdo de Capital conocido como Basilea II, en el que se instituye el riesgo operacional.

Al principio el rasgo característico de la gestión de riesgos fue la omnipresencia de modelos matemáticos y sus principales herramientas fueron los instrumentos financieros utilizados para cubrir y trasladar los riesgos, los cambios operativos para evitarlos o reducirlos y las

reservas de capital para impedir que las pérdidas provoquen la insolvencia del agente. Luego sin embargo, se empezó a plantear que si se la hacía depender excesivamente de los números se podría cometer el error de convertirla en una “nueva clase de religión, un credo implacable, restrictivo y arbitrario” (Boatright 2011: 514). Se consideraba por eso como un avance histórico el que la moderna gestión de los riesgos suponga la determinación sobre qué riesgos deben ser gestionados, quién los gestiona, con qué medios y a beneficio de quién.

Lo que queremos relieves de este cambio es lo que se ha denominado la *ética de la gestión de riesgos*, es decir el reconocimiento de que los diversos riesgos afectan no solo a la bancos sino a todos los integrantes de la sociedad, por lo que su identificación y tratamiento debe pasar al ámbito de las empresas quienes serán las responsables de la gestión, con miras a evitarlos o reducirlos, trasladarlos, cubrirlos, mantener aquellos que forman parte de la actividad de la empresa o no pueden evitarse o trasladarse (Boatright 2011: 514). Si hemos estado atentos, notaremos que esta moderna gestión de los riesgos se asemeja al fenómeno de la socialización de los mismos en el ámbito de la responsabilidad civil moderna, de la que hemos hablado al inicio de este trabajo. Es decir, la regulación jurídica va tomando el paso a las novedades o cambios que se presentan en la disciplina económica²⁷.

3.3 El Riesgo operacional y su importancia

El Comité de Basilea II definió el riesgo operacional como “el riesgo de pérdidas que resultan de procesos internos fallidos o inadecuados, personas, sistemas o eventos externos. La definición incluye el riesgo legal pero excluye el riesgo estratégico y el riesgo reputacional”.

Si bien las decisiones del Comité de Basilea no son vinculantes, el prestigio y poder con que cuenta dicho Comité ha hecho que algunos ordenamientos jurídicos nacionales, comunitarios e internacionales adoptaran sus decisiones como parte de sus legislaciones.

Eso pasó también en nuestro país, el que mediante Resolución SBS N° 37-2008 del 10 de enero de 2008 aprobó el Reglamento de la Gestión Integral de Riesgos, estableciendo que las empresas supervisadas deben contar con una gestión integral de riesgos adecuada a su tamaño y a la complejidad de sus operaciones y servicios; y mediante Resolución SBS N° 2116-2009 del 02 de abril del 2009, aprobó el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional, aplicable para todo el sistema financiero peruano y cuyo Art. 3 lo define como “la posibilidad de ocurrencia de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos externos. Esta definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y de reputación... Las empresas deben realizar una gestión adecuada del riesgo operacional que enfrentan, para lo cual observarán los criterios mínimos indicados en el presente Reglamento”.

²⁷ La gestión de los riesgos sigue en progreso, por eso a partir de la crisis del 2008, el Comité de Basilea aprobó un conjunto de reformas desarrolladas en el documento Basilea III, el cual se enfoca básicamente en la conducta pro-ódica de las instituciones financiera, esto es en el aumento o disminución de sus operaciones y exposición a los riesgos dependiendo de la época de expansión o contracción de la economía respectivamente; exigiendo un mayor y mejor capital.

Los especialistas relatan que este riesgo ha adquirido una creciente importancia en la comunidad financiera internacional debido al colapso de ciertas instituciones, financieras y no financieras, generadas en parte a problemas de tipo operacional²⁸.

Estas pérdidas crearon una mayor conciencia sobre la importancia del riesgo operacional y un gran interés por la mejora de los sistemas de control interno en las entidades financieras. Lo novedoso del nuevo acuerdo es considerar la gestión del riesgo operativo como una práctica integral comparable a la gestión de otros riesgos (como riesgo crediticio o de mercado) y exigir capital regulatorio para afrontarlos. En este sentido, son cada vez más las instituciones convencidas de que los programas de gestión integral del riesgo operativo proporcionan seguridad y solidez al banco (Biagosch 2007: 20).

Como vemos, se trata de una regulación sectorial de mínimos pero nada impide que ella sirva de insumo del derecho civil común como se propone en este trabajo.

3.4 Fuentes o factores de riesgo operacional

La Resolución SBS N° 2116-2009 en su Art. 4° reconoce que el riesgo operacional se origina en los siguientes ámbitos.

Procesos internos.- Las empresas deben gestionar apropiadamente los riesgos asociados a los procesos internos implementados para la realización de sus operaciones y servicios, relacionados al diseño inapropiado de los procesos o a políticas y procedimientos inadecuados o inexistentes que puedan tener como consecuencia el desarrollo deficiente de las operaciones y servicios o la suspensión de los mismos.

Personal.- Las empresas deben gestionar apropiadamente los riesgos asociados al personal de la empresa, relacionados a la inadecuada capacitación, negligencia, error humano, sabotaje, fraude, robo, paralizaciones, apropiación de información sensible, entre otros.

Tecnología de información.- Las empresas deben gestionar los riesgos asociados a la tecnología de información, relacionados a fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos, los errores en el desarrollo e implementación de dichos sistemas y la compatibilidad e integración de los mismos, problemas de calidad de información, la inadecuada inversión en tecnología, entre otros aspectos.

²⁸ Durante los últimos años se han experimentado renombradas pérdidas sufridas por fallas operacionales, tales como: El caso del Daiwa Bank (1985), con pérdidas de 1.000 millones de USD por la debilidad en el control interno de actividades no autorizadas; el caso del Banco Barings (1995), en el que un Trader del banco ante la falta de separación de funciones y control, estuvo acumulando a lo largo de dos años pérdidas no reportadas y negociando contratos de derivados desde la sucursal en Singapur. El banco quebró con pérdidas de 1,300 millones de USD; el caso del Sumitomo Bank (1996) caso de fraude en el que un Trader de la entidad negoció en el mercado de metales de Londres, contratos de cobre que acumularon pérdidas de 2.600 millones de USD no registradas a lo largo de tres años; el caso de Allied Irish Bank (2002), en el que un Trader del mercado de divisas ocultó tres años de pérdidas de 691 millones de USD, en operaciones sobre el tipo de cambio del yen/dólar; el caso Citigroup - Worldcom (2002). El presidente de Worldcom realizó una serie de fraudes contables que llevaron a la quiebra de la compañía. Citigroup tuvo que llegar a un acuerdo extrajudicial con los accionistas por montos que superaban los provisionados a cambio de que éstos retiraran la demanda colectiva que planteaba el involucramiento del banco en el fraude por recomendar títulos de Worldcom a sabiendas de su frágil situación financiera. Las pérdidas se calcularon en 2650 millones de USD (Rodríguez y Corbetta 2007: 7 y Jiménez y Martín 2005: 59).

Eventos externos.- Las empresas deberán gestionar los riesgos asociados a eventos externos ajenos al control de la empresa, relacionados por ejemplo a fallas en los servicios públicos, la ocurrencia de desastres naturales, atentados y actos delictivos, entre otros factores.

La norma en mención (Art. 5) se ocupa también de los eventos de pérdida por riesgo operacional²⁹ y finalmente, como resulta previsible en la moderna gestión de riesgos, la norma contempla su posibilidad de transferencia a través de los seguros a partir del perfil de cada entidad.

3.5 El riesgo de crédito

El riesgo de crédito es definido en la Resolución SBS N° 3780-2011 del 31 de marzo del 2011 por el que se aprobó el Reglamento de Gestión de Riesgo de Crédito, como “La posibilidad de pérdidas por la incapacidad o falta de voluntad de los deudores, contrapartes, o terceros obligados, para cumplir sus obligaciones contractuales registradas dentro o fuera del balance”.

De este reglamento es pertinente resaltar a los efectos de este trabajo, que su Art. 20 establece que en la evaluación crediticia, los bancos deberán consultar todas las fuentes de conocimiento de la reputación y de la posición crediticia de la contraparte (incluyendo accionistas y administradores). Deberán asimismo, tener en cuenta el total de exposiciones afectas al riesgo de crédito con una misma contraparte considerando la vinculación por riesgo único. Deberán además establecer en sus políticas los elementos de juicio que faciliten evaluar la viabilidad de operaciones que financian y finalmente, deberán establecer las condiciones necesarias para que la evaluación de las inversiones se efectúe mediante el análisis de la calidad crediticia del emisor y del instrumento³⁰.

²⁹ a) Fraude interno.- Pérdidas derivadas de algún tipo de actuación encaminada a defraudar, apropiarse de bienes indebidamente o incumplir regulaciones, leyes o políticas empresariales en las que se encuentra implicado, al menos, un miembro de la empresa, y que tiene como fin obtener un beneficio ilícito. b) Fraude externo.- Pérdidas derivadas de algún tipo de actuación encaminada a defraudar, apropiarse de bienes indebidamente o incumplir la legislación, por parte de un tercero, con el fin de obtener un beneficio ilícito. c) Relaciones laborales y seguridad en el puesto de trabajo.- Pérdidas derivadas de actuaciones incompatibles con la legislación o acuerdos laborales, sobre higiene o seguridad en el trabajo, sobre el pago de redamos por daños personales, o sobre casos relacionados con la diversidad o discriminación. d) Clientes, productos y prácticas empresariales.- Pérdidas derivadas del incumplimiento involuntario o negligente de una obligación empresarial frente a clientes concretos (invidiosos requisitos fiduciarios y de adecuación), o de la naturaleza o diseño de un producto. e) Daños a activos materiales.- Pérdidas derivadas de daños o perjuicios a activos materiales como consecuencia de desastres naturales u otros acontecimientos. f) Interrupción del negocio y fallos en los sistemas.- Pérdidas derivadas de interrupciones en el negocio y de fallos en los sistemas y g) Ejecución, entrega y gestión de procesos.- Pérdidas derivadas de errores en el procesamiento de operaciones o en la gestión de procesos, así como de relaciones con contrapartes comerciales y proveedores.

³⁰ Mientras desarrollábamos la tesis, se emitió la Resolución SBS N° 1928-2015 (27 de marzo de 2015) por la que se aprueba el Reglamento para la Gestión del Riesgo Social y Ambiental. La mirada civilista de esta norma es que, si bien ella plantea que un banco que financia un proyecto sea responsable administrativo por no supervisar a la empresa prestataria, antes y después de otorgarle un préstamo, puede también, desde nuestro punto de vista, ser encontrado responsable civilmente por el incumplimiento y daños ocasionados por el prestatario, vía la falta de diligencia del banco que implica no gestionar adecuadamente su riesgo de crédito. Es decir, siendo el banco un profesional que gestiona sus riesgos técnicamente, si su deudor ocasiona daños socio-ambientales que el banco pudo evitar, puede entonces ser llamado a responder. Esta norma si bien se ha cuidado en señalar que no busca trasladar a las empresas del sistema financiero, las responsabilidades o funciones de los organismos públicos competentes en temas sociales y ambientales (OEFA), ni hacer

En relación al seguimiento de los créditos el Art. 31 agrega que las empresas bancarias deberán seguir entre otros, los siguientes lineamientos: Identificar señales de alerta temprana, tanto cuantitativas como cualitativas, que indiquen una evolución negativa del deudor o del mercado en el que opera para anticipar los riesgos asociados a los deudores, contrapartes o terceros asociados a las exposiciones afectas a riesgo de crédito. Asimismo, efectuar un seguimiento de la evolución del nivel de cobertura (relación préstamo/garantía) proporcionado por las técnicas de mitigación de riesgo de crédito; definir criterios prudenciales para identificar y reportar exposiciones crediticias en problemas, que aseguren que sean revisadas regularmente, así como constituir provisiones cuando ocurra un deterioro de los créditos, valor de sus inversiones y demás exposiciones sujetas a riesgo de crédito.

3.6 Riesgo en el otorgamiento de crédito al sector constructor

Se ha detectado (Manfredo Añez), en el sector objeto de nuestro estudio, los siguientes riesgos comunes que atañen sin duda a los problemas presentados.

a) Riesgos comunes a todas las empresas constructoras:

Incapacidad técnica para llegar a cabo la obra, o demora en el tiempo más allá de lo previsto para la terminación de ésta; aumento de costos debido al aumento de salarios, alza de materiales, descalce entre reajustabilidad precio reajustabilidad costos, huelgas, etc.; mal financiamiento ya sea en cantidad o calidad (endeudarse en dólares en un mercado de soles), esto también está relacionado con el alto apalancamiento, ya sea por falta de capital o por exceso de deuda; uso inadecuado o desviación de fondos motivo del financiamiento, hacia otras obras, hacia otras sociedades de los mismos dueños.

b) Riesgos propios de constructoras de obras para terceros

Insolvencia del mandante y por consiguiente el no pago total o parcial de lo construido.

c) Riesgos propios de constructoras de obras propias

Aumento exagerado de la competencia traducido en mayor oferta para submercado específico sin posibilidad de hacer crecer la demanda; cambios violentos, ya sea como disminución de la demanda, baja en los precios o ambas cosas a la vez, debido a situaciones

responsables a las empresas por futuros incumplimientos de los proyectos, eso no significa que no llegue a ser responsable vía las reglas de la responsabilidad civil (una repensada culpa). Claro está que es responsable administrativo ante la SBS pero puede serlo también civilmente ante eventuales afectados.

Si bien no estamos ante relación de consumo que pudiera generar una relación coligada entre el banco y el proveedor de un bien o servicio frente al consumidor, de la que uno pudiera inferir que conforman una unidad económica o comercial, sí podemos observar que existe una estructura vinculada que tiene de un lado al banco y a su prestatario (titular del proyecto) y eventualmente del otro, a los terceros afectados. Aun cuando no haya sido su objeto plantear la responsabilidad del banco, la norma en buena cuenta lo introduce en la relación, lo inserta en el universo de conflictos que se pueden generar y que vía el principio de eficacia relativa de los contratos, no tendría cabida en ellos. Ahora el banco está dentro del esquema y es con claridad responsable administrativo, pero reitero puede serlo también civilmente vía la falta de gestión de sus riesgos (culpa). El riesgo social o ambiental del prestatario, se convierte ahora por mandato de la norma en riesgo de crédito del banco y está obligado a gestionarlos. Este tipo de responsabilidad es nueva. No existe en los otros contratos de préstamos bancarios. No existe en los financiamientos de proyectos de edificios, tampoco en los financiamientos al consumo (en el Perú por lo menos), así que es interesante por eso la plataforma que sea ha creado, ampliando la escena, y ello a partir de los riesgos bancarios que como profesional debe gestionar.

regresivas. Esto produce disminución del valor de los inventarios y activos fijos de las empresas del rubro, con lo cual pueden quebrar.

3.7 Políticas y estrategias establecidas para hacer frente a los riesgos relacionados con el sector promotor e inmobiliario

En esta parte vamos a referirnos a las políticas y estrategias desarrolladas por el BBVA en España, luego de la crisis claro está. Y es que errando se aprende. La idea es que aquí vayamos reflexionando sobre las experiencias ajenas pero no por eso extrañas a nuestra realidad.

En la web de dicho banco (BBVA 2011), se señala que éste cuenta con equipos especializados en la gestión del riesgo de este sector, dada su importancia económica y su componente técnico, especialización tanto en la admisión de riesgos como en todo el espectro del tratamiento, comercial, gestión problemática y jurídica.

En relación al análisis de nuevas operaciones, se señala que la comercialización que garantice la viabilidad económica y financiera del proyecto, es una de las constantes para facilitar la salida y transformación de las operaciones de suelo a promociones de sus clientes. En ese sentido, sus planes suponen entre otras cosas, una intensificación en la revisión de la cartera de financiación de suelo, y en el caso de las promociones en curso, su seguimiento en función del grado de avance de los proyectos.

Estas actuaciones -se afirma, le han permitido anticiparse a los posibles deterioros, observando su posicionamiento en cada cliente (ya sea como primer acreedor o no). Y es que, se reconoce que es clave la gestión de la política de riesgos a seguir con cada cliente, la revisión de contratos, el alargamiento de plazos, la mejora de garantías, etc. Se agrega que para ello, es necesario tener conocimiento de diversos aspectos, tales como la identificación del origen de las dificultades de pago, el análisis de la viabilidad futura de la compañía, la actualización de la información del deudor y de los garantes (su situación actual y evolución de los negocios, información económico-financiera, análisis del endeudamiento y de la generación de recursos) y la actualización de la tasación de los bienes en garantías.

Con respecto a las políticas sobre refinanciación, se señala que ellas están basadas en la solvencia y viabilidad de los proyectos, siendo exigentes en la obtención de garantías y cumplimientos jurídicos. Así, para obtener mejoras en la posición del banco se requerirá entre otras cosas, de nuevos intervinientes con solvencia demostrada y el pago inicial que reduzca la deuda principal o los intereses pendientes.

Es importante resaltar que en reconocimiento de la posición de doble financiador del banco, se señala que la estrategia ha sido la de apoyar directamente la venta a sus clientes, utilizando el propio canal BBVA (BBVA Servicios y las propias oficinas) incentivándose la venta así como recogiendo mandatos de venta a favor del banco.

En el caso de obras en curso, se señala que su estrategia ha sido la de facilitar y promover la terminación de la obra para pasar la inversión a viviendas terminadas, planteando como herramientas, la utilización de “confirming-promotor” como forma de control de pagos, la utilización de la figura del ‘projet monitoring’, apoyándose en la propia Unidad Inmobiliaria y en definitiva la gestión de proveedores directos de la obra como complemento a la propia

gestión del cliente promotor. La gestión urbanística y el control de liquidez para acometer los gastos de urbanización también son objeto de especial seguimiento.

Como se afirma, ahora los bancos ponen los reflectores sobre el grado de profesionalidad de la empresa responsable de la construcción de las viviendas. Así, mientras en el pasado casi cualquier persona con un solar podía terminar siendo promotor inmobiliario, en este nuevo escenario las entidades valoran que se trate de un **profesional con probada experiencia** en el sector, que el **balance financiero** de su compañía esté saneado y el volumen de deuda que solicita sea sostenible y fácilmente financiable en el tiempo. De este modo, el promotor que ahora pretenda poner en marcha un nuevo desarrollo urbanístico ha de arriesgar parte del coste del proyecto, pues ya no puede ser que no aporte absolutamente nada y el banco financie la compra del suelo y la edificación de las casas. Es común ahora también, que la entidad exija al promotor un **nivel de preventas** de las viviendas a construir que varía entre el 50% y el 55% de la promoción (CincoDías 2015).

Este riesgo está relacionado con el riesgo operacional en la medida que una indebida gestión de éste activará el riesgo de crédito provocando pérdidas al banco pero también pérdidas a los consumidores y agentes que entran en contacto con él, pérdidas que deben ser eventualmente asumidos por el banco.

Asimismo, y como lo reconoce el Reglamento Integral de Gestión de Riesgos (Art. 5 inciso g), el riesgo de reputación puede presentarse también a partir de otros riesgos, generando ello la pérdida o disminución de la confianza en la integridad de la institución bancaria, cosa ningún banco desea.

Como vemos, y reiteramos, de los errores se aprende. Esta nueva gestión de riesgos de los bancos está dirigida a evitar que se vuelvan a dar escenarios como los que motivan esta investigación y de los que ha dado cuenta también la jurisprudencia de ese país, como trataremos en el siguiente capítulo.

4. Responsabilidad civil bancaria por la indebida gestión de los riesgos de su actividad

4.1 La responsabilidad bancaria por servicio defectuoso

Como señalábamos líneas arriba, al incluir el Código de Consumo como *servicio* a la actividad que prestan las entidades bancaria y financiera, es claro que su tutela alcanza a los clientes o usuarios de los servicios bancarios. No obstante al regular los supuestos de responsabilidad civil y distinguir entre la responsabilidad civil genérica sujeta a las reglas del Código Civil y la responsabilidad civil objetiva aplicable solo para los casos productos defectuosos, el Código de Consumo favoreció a los bancos, pues en tanto proveedores no de productos sino de servicios, les aplica la responsabilidad civil común.

Si bien el capítulo V destinado a las actividades de las entidades bancarias, se titula *productos y servicios* bancarios, el glosario de términos del Código de Consumo distingue entre producto y servicio e incluye dentro de estos últimos a los financieros y bancarios, y además el primer artículo de éste capítulo (Art. 81) habla solo de “servicios financieros”.

Y es que los bancos prestan *servicios* de intermediación financiera. En el glosario de términos de la Ley 26702 además, solo se encuentra la definición del “Servicio Financiero” como el “cualquier servicio de naturaleza financiera... comprenden todos los servicios bancarios, todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y demás servicios financieros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera”. Más claro ni el agua³¹. La responsabilidad aplicable a la bancaria en su calidad de prestador de servicios es la del derecho civil común.

Ahora bien, como la gran mayoría de las relaciones de consumo con las entidades financieras son de naturaleza contractual, las reglas que deben aplicarse para determinar la responsabilidad de este tipo de agente, son las de la responsabilidad contractual. En este punto nos preguntamos ¿existe un criterio de imputación en esta materia distinto al de la culpa? La verdad es que, aun cuando se considere como dogma el que la culpa sea el único criterio de imputación aplicable a este tipo de responsabilidad (Fernández 1997: 258) y podamos afirmar que éste se encuentra en proceso de flexibilización, nos cuesta reconocer que no podemos apartarnos de este dogma y que la culpa sigue reinando la responsabilidad contractual.

El hecho que en esta responsabilidad se presume la culpa leve no nos puede llevar a pensar que se trate de una responsabilidad objetiva atenuada, porque la prueba girará siempre en torno de la culpa y no del riesgo beneficio o riesgo profesional, criterios propios de la responsabilidad objetiva. Esto no quita sin embargo que sepamos que en materia de protección al consumidor, algunas legislaciones ya han pasado el umbral de la culpa y reconocido al riesgo profesional como criterio de imputación objetivo.

Sin embargo, mientras nuestra legislación no pase ese umbral y mientras no podamos sostener en nuestra jurisprudencia ni en la doctrina, que la bancaria es una actividad riesgosa o peligrosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, la culpa gobernará la responsabilidad bancaria. Esto no significa que la actividad bancaria no tenga riesgos, sino únicamente que éstos no han sido determinantes por ahora para fijar una responsabilidad objetiva por riesgos. Y es que en la responsabilidad contractual, entre ellas la bancaria, los riesgos pueden ser objeto de distribución y si esto no se hace, siempre habrá un Juez que pueda suplir a las partes y distribuirlos o eventualmente corregir si han sido mal distribuidos.

Ello en razón a que contratar, es consentir las disposiciones supletorias de la jurisdicción, reglas que, en general, constituyen una parte no negociable del acuerdo, pues aún cuando los contratantes puedan eludirlas o especificar el contrato para restringir su aplicación a los aspectos no abordados en el acuerdo, estas reglas supletorias no pueden ser sustituidas (Coleman 2010: 179-180).

Reflexivo o no, este tratamiento del legislador consumerista nos impide reconocer como viene siendo reconocido en otras legislaciones latinoamericanas, que el régimen de responsabilidad civil bancaria frente al consumidor en nuestro país, es objetivo. En nuestras fronteras, la responsabilidad por los daños que no deriven de productos

³¹ El tratamiento de los servicios como defectuosos se encuentra en construcción. En Europa por ejemplo los productos defectuosos cuenta con una Directiva de seguridad y otra de responsabilidad, pero no ocurre lo mismo con los servicios defectuosos. Esto no quita que haya habido intentos de unificación pero la diversidad de los servicios y su complejidad no lo ha permitido por ahora.

defectuosos pero sí de los riesgos de la actividad profesional empresarial, es subjetiva. En nuestro país, la responsabilidad bancaria por los daños que se presenten en el desarrollo de su actividad, en tanto proveedora solo de servicios financieros, es subjetiva, con lo cual le son aplicables las reglas del Código Civil.

4.2 El riesgo en la culpa. La tercera vía

El hecho que la responsabilidad civil bancaria sea subjetiva, no impide sin embargo, como se viene haciendo últimamente, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un perfil distinto al de criterio de imputación objetiva y sea visto ahora como un elemento a tomar en cuenta en el juicio de responsabilidad subjetiva, es decir incorporado en el análisis del carácter diligente del comportamiento profesional.

Y es que frente a la culpa y el riesgo se viene ahora hablando de una tercera vía, que consiste en consagrar la culpa como principio de responsabilidad pero inmediatamente definirla con criterios objetivos en su evaluación. El proyecto de los “principios del derecho de daños europeos” (PDDE), está en esa línea al consagrar en su Art. 4:101 la culpa como principio general de la responsabilidad civil pero limitando a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por “conducta exigible”.

Tales criterios son la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (con lo que parece permitirse un sistema de múltiples niveles de objetividad o subjetividad, y aún la atribución de función preventiva de la responsabilidad civil y que incluso atiende a una clasificación realizada en el mismo documento); la peligrosidad de la actividad (con lo cual se está incluyendo directamente la noción de riesgo); la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo (con lo que se deja abierta la puerta para cualquier objetivación posible), de la previsibilidad del daño (lo que haría muchas veces inviable la alegación de la causa extraña como forma de exoneración); la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas y la disponibilidad y; el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (criterio eminentemente objetivo y evidentemente vinculado con la noción de riesgo) (Aramburo 2008: 30-31).

4.3 Posición personal: comunicando la disciplina financiera con el derecho de la responsabilidad civil

Como hemos señalado, las empresas financieras desarrollan de manera habitual y a cambio de una remuneración (los intereses), una actividad especializada. Ellas cuentan con una organización técnica, administrativa y humana exigida por ley que las obliga a actuar de manera eficaz y anticipar o proveer los riesgos de daños que su actividad pueda causar a sus clientes y terceros.

Dada entonces su posición de preeminencia lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus operaciones, los bancos a diferencia de los consumidores profanos, gozan de la suficiente capacidad para administrar los riesgos inherentes a su actividad profesional y precaver los daños que la misma conlleva. Por eso, pensamos que la culpa (grave o leve) de ellos, como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan.

En este orden de ideas, el contenido del deber de diligencia impuesto a estas empresas financieras, está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, de donde se desprende,

entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito de los que hemos venido hablando.

Si bien para los operadores financieros, Basilea II significó una mejora en la seguridad y solvencia del sistema financiero al permitir una mayor sensibilidad al riesgo en la adecuación del capital e incentivar que los bancos mejoren sus capacidades de gestión y control de riesgos, para los operadores del derecho, dicho acuerdo, incorporado como está en la legislación de los países, nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarse a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales (1991: 324-325).

El tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de las entidades financieras es una manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho, de esa estrategia de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies (1991: 313, 329 y 332), de esa estrategia eficiente del conocimiento del “conjunto de la realidad” a la que el derecho debe adaptarse, y esto es así porque “el Derecho de nuestro tiempo debe reivindicar la justicia desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva”.

Es propósito principal de esta parte del trabajo, insertar estos conceptos de riesgo de crédito y riesgo operacional en el juicio de responsabilidad de los bancos; es decir comunicar estos conceptos del derecho financiero que han sido reconocidos y regulados por casi todas las legislaciones del mundo incluyendo la nuestra, con el derecho de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de los criterios de imputación. Consideramos que ambas aproximaciones no son incompatibles sino por el contrario pueden armonizarse y justificar o dar explicación a múltiples casos de responsabilidad civil de los bancos en el ejercicio de su actividad.

La responsabilidad civil debe hablar el lenguaje que ya ha tomado cuerpo en la última década en la disciplina financiera. No hacerlo sería zanjar la integración cada vez más fuerte que se da en el conocimiento. Existe ya una plataforma de conceptos que no son incompatibles con la disciplina jurídica, son ya conceptos jurídicos y solo falta conectarlos o retroalimentarlos en la casuística.

4.4 Sigue posición personal: la culpa bancaria por la indebida gestión de sus riesgos

Como hemos dejado sentado líneas atrás, el nuevo régimen de protección especial al consumidor financiero debe tener claro que las entidades financieras son expertos en el ejercicio de su actividad, son profesionales que gestionan sus riesgos de un modo particularmente rigurosos cumpliendo normas especiales, de modo que la valla de su diligencia es alta y debe contrarrestar las múltiples situaciones de daños provocadas por ella, estirando para ello su vocación preventiva, que jugará un rol fundamental pues como expertos, los bancos tienen esa capacidad organizativa que le permite prevenir las situaciones de riesgos.

Por su parte, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades financieras en materia de gestión de sus riesgos y en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

La actividad bancaria como hemos visto acarrea riesgos y como éstos tienen que ser asumidos o distribuidos, no son sino los bancos los llamados a incorporarlos en sus precios (los intereses) o asegurarlos, pues están en mejores condición que sus clientes consumidores. Esto permite colegir que la responsabilidad frente al daño de un consumidor, dependerá de la aptitud que tenga el banco para controlar o adoptar las medidas necesarias para evitar su producción.

Pensamos que son las reglas expedidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo y de riesgo de crédito, incorporadas a nuestra legislación, las que resultan aplicables en materia de responsabilidad del profesional bancario, responsabilidad aplicada a las actuaciones del personal a su servicio y a las fallas originadas en su infraestructura y en sus procesos tecnológicos.

La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal que se incorpora al juicio de su diligencia profesional. No forma parte de una política de buenas prácticas de carácter voluntaria. Dicha obligación no debe ser ajena a los operadores del derecho, pues constituye una conducta típica exigida por la ley y exigible desde luego por el consumidor.

La verificación de su incumplimiento o cumplimiento inadecuado, tiene la aptitud para fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo, sino como parte del juicio de su diligencia profesional, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco. En ese sentido, el juicio de responsabilidad civil de las entidades financieras debe tomar en cuenta su obligación de gestión de los riesgos de su actividad.

Los bancos tienen una posición de preeminencia, vale decir, un *dominio profesional* basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus operaciones, que las colocan por encima de los demás. Se trata, pues, de personas con una idoneidad particular; de técnicos iniciados frente a la masa de consumidores profanos en su materia y que, en este orden de ideas, gozan de suficiente capacidad para dominar los riesgos inherentes a su actividad profesional y de precaver los daños que la misma usualmente conlleva.

Por todo ello, la culpa (grave o leve), como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan las empresas bancarias. En esta dirección el eje de su responsabilidad civil necesariamente parte del presupuesto de que estas ostentan una posición y preeminencia, vale decir, un *dominio profesional*.

Por consiguiente, el contenido del deber de diligencia impuesto a las entidades financieras sostenemos, está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, esto es la regulación de los riesgos de su actividad, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de desarrollar, establecer, implementar y mantener un sistema de gestión de riesgos, acorde con su sistema experto, su estructura y organización profesional. Esto permitirá evitar pérdidas propias y de los consumidores profanos con quienes entablan sus relaciones.

Ejemplos de pérdidas que deben ser asumidos por los bancos identificados por la jurisprudencia y la doctrina principalmente, son los derivados de pagos de cheques falsos, de hurto de valores en cajas de seguridad, de hurtos en agencias por una vigilancia deficiente, de fraudes en transacciones electrónicas por internet, de operaciones efectuadas por suplantadores, de reportes indebidos a centrales de riesgos, de créditos abusivos, etc.

También en lo que respecta a la operación económica global materia de nuestro estudio, como apreciaremos más adelante, los bancos que no gestionan adecuadamente sus riesgos, deben asumir su responsabilidad frente al consumidor.

En efecto, todas esas pérdidas que se presentan en el desarrollo de la actividad bancaria le son imputables por la indebida gestión de sus riesgos y por la defraudación de la confianza que engendra su sistema experto. Son los bancos los que están en mejores condiciones de prevenir los daños, de trasladar los costos de éstos a los precios (los intereses y comisiones) y eventualmente de asegurarlos como lo plantea la doctrina civil moderna y la propia legislación financiera.

Nosotros sostenemos que en nuestro país, los bancos no están cumpliendo sus obligaciones legales y que si ellos han registrado un crecimiento en sus utilidades como se ha reconocido³², esto se debe a que en parte no están asumiendo pérdidas que se están quedando hoy en la esfera de los consumidores y clientes bancarios.

³² El gerente general del BCP Walter Bayly reconoció en la entrevista del 09 de abril de 2014, que “este banco ha crecido muchísimo y hemos estado en los últimos años preocupados en capturar el crecimiento más que necesariamente en ser los más eficientes y creo que tenemos una tarea pendiente ahí” (Gestión 2014). Es decir, la eficiencia pasó a un segundo plano, los dientes son una tarea pendiente. Esto explica la nota de *El Comercio* denominada “Las utilidades de los bancos crecieron 35% hasta setiembre”, es decir los bancos han ganado más que el promedio del país, y en el caso del BCP mejoraron un 43.5% (El Comercio 2015).

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR LOS DAÑOS AL CONSUMIDOR FINALISTA EN LA OPERACIÓN ECONOMICA COLIGADA DE COMPRA FINANCIADA DE UN INMUEBLE

1. La responsabilidad civil en la jurisprudencia española y argentina

1.1 La solución española. La Ley 57/1968 y la jurisprudencia que la consolida

1.1.1 Obligación de devolución del dinero adelantado por incumplimiento del promotor en España. La Ley 57/1968

En España existe una regulación especial que ha permitido resolver algunos de los problemas tratados aquí, sin plantearse aun el carácter coligado de la relación pero introduciendo al agente bancario en la solución. Nos referimos a la Ley 57/1968 del 27 de julio, norma que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de las viviendas de renta libre.

Ocurre que durante la década del '60 del pasado siglo, numerosas familias que pagaron cuotas iniciales para la adquisición de viviendas en construcción, se quedaron sin éstas y sin el poder de recuperar las cantidades que habían entregado. Ello debido, en algunos casos incluso, a la comisión de auténticas estafas que produjeron una situación de manifiesta alarma social que fue el motivo desencadenante de la promulgación de la referida ley (Agencia BOE: 2015).

Lo que pretendió esta ley, que no tiene semejanza en el Perú, era garantizar la devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador de la vivienda si la construcción no llega a iniciarse o si no concluye en el plazo previsto, o no llega a obtenerse la cédula de habitabilidad o la licencia de ocupación de la vivienda.

Esta devolución era posible gracias a un aval que debía ser otorgado por las entidades financieras en la que se abría una cuenta especial a nombre del promotor inmobiliario donde se depositaban los adelantos. De esta manera, producidas las referidas situaciones de incumplimiento, el Art. 3 permitía al comprador resolver el contrato exigiendo del promotor y de las entidades garantes (los bancos) la devolución del dinero entregado anticipadamente incrementado con los correspondientes intereses legales.

La ley exige para su aplicación, que las viviendas sean destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial, por lo que únicamente estarán protegidos los compradores que sean destinatarios finales de las viviendas (es decir, consumidores), sin que pueda aplicarse ella a las compras especulativas o las realizadas con la finalidad de introducir la vivienda o apartamento adquirido a un proceso productivo o comercial.

1.1.2 La jurisprudencia española refuerza la protección de la Ley 57/1968 y se pronuncia sobre la mala praxis bancaria

En España se han dictado en los últimos años muchas sentencias que han extendido la protección de la Ley 57/1968. En la emitida el 08 de junio de 2012³³, sobre un caso en el que el promotor no finalizó la obra, se declaró resueltos los contratos de compraventa de 55 inmuebles y ordenó al banco la devolución de todas las cantidades pagadas, estableciendo así su responsabilidad solidaria con la promotora, aun cuando no fuese parte del contrato de compraventa y no entregó aval a los compradores por dichas cantidades pagadas a cuenta (Calero 2013).

En esta sentencia, se relevó el hecho que el banco era conocedor que los ingresos pagados por los compradores en sus cuentas que la promotora tenía abiertas a su nombre, lo eran para la compraventa de unas viviendas en una promoción inmobiliaria, pero hizo dejación absoluta de sus obligaciones impuestas por la Ley 57/68 **incurriendo en mala praxis bancaria**, puesto que por interpretación del Art.1.2, **debió haber exigido al promotor la apertura de una cuenta especial**, distinta de cualquier otra clase pertenecientes al promotor, y de las que únicamente podría disponer para atender a la construcción de las viviendas, máxime si la **entidad bancaria era la única entidad que financiaba la promoción y se beneficiaba de dicho negocio inmobiliario**.

Es pertinente retornar un momento a nuestras fronteras para recordar que el banco de nuestros proyectos inmobiliarios, además de financiar exclusivamente la construcción del edificio con el préstamo promotor, financia también al consumidor comprador con el préstamo finalista. Es decir su involucramiento con la operación económica global es aún mayor.

En esta sentencia además, el Juzgado rechazó la oposición de la promotora que alegó que la obra se detuvo porque la corporación municipal le suspendió los efectos de la licencia urbanística otorgada y porqué había una causa impeditiva para su conclusión, como era la existencia de una conducción aérea eléctrica. Al respecto, la Sala indicó que la falta de traslado de la línea de alta tensión que atraviesa la promoción recae sobre la promotora, en virtud del Art. 17 de la Ley de evaluación ambiental de Castilla-La Mancha y que, por tanto, la falta de concesión de licencia de primera ocupación -y de ahí la cédula de habitabilidad- es imputable en exclusiva a la promotora.

Esta sentencia además atendió al hecho no menos importante de que no pocas sentencias de condena a las empresas promotoras, no habían podido ejecutarse por la insolvencia de éstas, cosa que no ocurre con el banco que siempre es solvente.

Afianzando el aspecto vinculante de esta precursora tutela legal, en la SAP de Zaragoza de octubre de 2012 se señala el **carácter irrenunciable de la ley** (carácter ratificado luego en la STS 828/2014 del 7 de mayo de 2014), y la **ineficacia de cualquier término contrario al texto de la norma**. Se afirma que **es el banco** avalista que contrata con la promotora, **el que tiene que controlar que ésta cumpla con sus obligaciones**. En efecto, es el banco y no el comprador el que tiene que seguir el rastro del dinero que pagó al vendedor (De Castro 2013).

³³ Recaída en el Juicio ordinario 182/2011 emitida por un Juzgado de primera instancia de Albacete que fue confirmada por la SAP el 11 de febrero de 2013.

En la SAP de Madrid de febrero 2013, se considera que la responsabilidad del banco es por la mera existencia de línea de avales, con independencia de la existencia o no de cuenta especial. En la SAP de Albacete del 11 de Abril de 2013, se destaca que la **eficacia de la Ley 57/68 no puede obstruirse por razones formales** ni mucho menos por la actuación de la entidad bancaria o promotora y el ingreso o no en cuenta especial. Se señala que los efectos tutelares del aval solidario no pueden quedar condicionados al ingreso de las cantidades en una cuenta especial dado a que no compete al comprador hacerlo, sino que ello es una obligación del promotor que el banco conoce. Tampoco no puede condicionarse a la comunicación a la entidad bancaria de la realización de la compraventa, ni mucho menos a la aprobación o calificación positiva de la misma (De Castro 2013).

El criterio apenas mencionado es reconocido en la STS del 13 de enero de 2015 (rec. 2300/2012) cuando establece que “no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial”.

En la STS N° 25/2013 emitida el 05 de febrero de 2013 se reiteró su doctrina jurisprudencial que establece como principio general que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirientes, **implica una vulneración grave o esencial**. Se indica que: “Tiene declarado la Sala que, para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento se han esgrimido por autorizada doctrina varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica".

Como vemos se sanciona la responsabilidad de las entidades financieras incluso en caso de no haberse exigido aval de las cantidades depositadas, como lo contemplaba la ley, puesto que ellas conocían la naturaleza de esos ingresos, de esos anticipos a cuenta del precio por la adquisición de viviendas. Esta pasividad fundada en la formalidad de que no era una cuenta especial no las exonera de la obligación de exigir a la promotora el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 aludida.

Adicionalmente, en la STS 218/2014 de la Sala Civil de fecha 7 de mayo de 2014, se ha establecido como doctrina jurisprudencial no solo que cuando se demande el importe del aval exclusivamente al banco avalista, éste no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil³⁴, sino que además el banco debe cumplir con abonar las cantidades una vez incumplido el plazo convenido para la entrega, “sin posibilidad de entrar a discutir sobre si el retraso es más o menos breve, de naturaleza esencial, y sin necesidad de dirigir la demanda también frente a la entidad promotora”.

Para llegar a esa conclusión se ha señalado previamente que la regla del Art. 3 de la Ley 57/1968 es una norma de rescisión automática que permite la rescisión (resolución para nosotros) por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el

³⁴ Artículo 1853 del Código Civil español: “El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor”. Su homólogo peruano es el Artículo 1885°.- Excepciones del fiador contra acreedor: “El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque este haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona”.

cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968, sin necesidad de examinar la causa de resolución vía Art. 1124 del Código Civil³⁵.

Por ello, en vista a que el aval que garantiza las cantidades entregadas a cuenta al promotor, se basa en un claro criterio objetivo (que "por cualquier causa" la construcción no se inicie o no llegue a buen fin), en caso de incumplimiento, el banco avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, de modo tal que una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada, no se puede entrar a valorar si la demora es excesiva o no.

En la línea de todas las anteriores sentencias, en la reciente STS de fecha 21 de diciembre del 2015 (Nº 733/2015)³⁶, se fijó como doctrina jurisprudencial que los bancos que admitan ingresos en una cuenta del promotor, "sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía, responderán frente a los compradores **por el total de las cantidades anticipadas** por los compradores ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad". Sobre este extremo, ya en la STS mencionada 218/2014 del 7 de mayo, se había afirmado que "no puede limitarse la condena al importe del aval" ni "procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro" toda vez que tal limitación "por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios".

Es importante añadir que en esta sentencia se establece que la responsabilidad que la Ley 57/1968 impone a los bancos, "**desmiente su carácter de terceros ajenos** a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad... sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esta misma u otra entidad".

Es de resaltar entonces, que queda claro que el banco no es un tercero en esta operación económica y que tiene una obligación de vigilancia hacia el promotor.

En lo que respecta a los alcances de esta ley, se ha anotado que su protección no se extiende a la entrega de la vivienda con defectos o gravámenes jurídicos (Juan 2015: 644).

1.1.3 Contratos vinculados al margen de la Ley de Crédito al Consumo LCC. La conexión causal

Señala Marín que existe un gran consenso en la doctrina de su país, acerca de que el elemento fundamental para poder afirmar la existencia de la conexión funcional, es la obtención del préstamo debido a la colaboración planificada entre prestamista y proveedor (2010: 169). Lo esencial entonces es la colaboración planificada, la coordinación conjunta de cara a la obtención del préstamo.

³⁵ Su homólogo en el Perú es el Artículo 1428.- Resolución por incumplimiento: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios..."

³⁶ Vlex España. Sentencia Nº 733/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 21 de Diciembre de 2015. Consulta: 22 de setiembre de 2016. <http://supremo.vlex.es/vid/590784202>

Esto resulta sencillo de comprender dado que si ya se tiene presupuestado que el préstamo es necesario para concretar la adquisición, el proveedor y el prestamista presupuestarán también la colaboración para ese propósito. Lo raro sería que no lo planifiquen, que dejen ese cabo suelto de la operación.

Partiendo de este rasgo fundamental, se distingue en España entre contratos vinculados en la LCC y contratos vinculados al margen de la LCC. Siendo los primeros aquellos que satisfacen los presupuestos de las letras a), b) y c) de la LCC, es decir, colaboración planificada y exclusividad entre prestamista y proveedor.

Por su parte, en los contratos vinculados al margen de la LCC, si bien existe la colaboración planificada aludida, lo que falta es la “exclusividad”; no obstante lo cual, se afirma que las vicisitudes del contrato de consumo también tendrán consecuencias en el contrato de crédito, pero no por aplicación ni directa ni analógica de algunos preceptos de la LCC, sino por la *conexión causal* existente entre los dos negocios jurídicos (Marín 2010: 170).

1.1.4 La conexión causal en la jurisprudencia valiente

Hemos visto como en España tempranamente desde el año 1968, se creó una norma que protegía a los consumidores; hemos visto también como en el año 1987 se emitió una directiva en Europa que reconoció la vinculación contractual entre el contrato de adquisición y el contrato de préstamo; asimismo también cómo se legisló en España en el año 1995 primero y el año 2001 después este tema de manera especial. A continuación veremos cómo la defensa del consumidor a crédito es profundizada por la jurisprudencia española que encuentra una conexidad aun al margen de la ley.

Hemos encontrado en este país un grupo de sentencias que si bien no afirman expresamente que se trata de contratos vinculados fuera de la Ley 7/1995³⁷, sí consideran que ésta es aplicable, y lo hacen simplemente prescindiendo del elemento de “exclusividad” que la norma contempla. Se trata de todos esos casos en los que los tribunales entran a analizar si concurren los requisitos legales de los contratos vinculados previstos en la ley pero sin considerar el elemento de la “exclusividad”, es decir como si no existiera, llegando al final a declarar que sí es aplicable la mencionada ley. Esto ocurre porque en vez de exigir la presencia de la “exclusividad” se pone el ojo de atención en la colaboración planificada entre proveedor y prestamista para la concreción de la operación (Marín 2010: 171-174).

Hay otro grupo de sentencias que van más allá y son las que Marín denomina la “jurisprudencia valiente”, es decir aquellas que admiten directamente, la existencia de contratos vinculados fuera de la LCC. Estas sentencias niegan la aplicación del régimen jurídico de los contratos vinculados de la LCC, por no concurrir la exclusividad; pero acto seguido declaran que los dos contratos están vinculados por existir una conexión funcional entre ellos. Por eso concluyen que la ineficacia del contrato de consumo provocará la ineficacia del préstamo.

Así en la SAP Ciudad Real Secc. 2ª, de 17 abril 2007, se sanciona que la protección del consumidor frente a la entidad prestamista “puede obtenerse al margen de la Ley de Crédito al Consumo”, “sin que sea siquiera necesario acudir a previsiones legales

³⁷ Esta norma fue derogada por la nueva Ley de Crédito al Consumo, Ley 16/2011, manteniendo sus rasgos esenciales.

específicas, sino desde la óptica de la normativa general de los contratos” (Marín 2010: 174). Y es que se señala en estas sentencias que entre ambos contratos (compra y préstamo) existe una conexión causal que se exterioriza por una colaboración planificada entre el proveedor y el prestamista.

Como vemos, hay una coligación al margen de la ley que puede ser establecida por el nexo causal, recurriendo en buena cuenta a la interpretación de la operación y la planificación coordinada de su ejecución el vendedor y el banco prestamista. Esto es importante de resaltar porque en nuestro país no existe la regulación de crédito al consumo pero eso no puede impedir la aplicación de la coligación del derecho civil, como lo hemos propuesto líneas atrás.

Es pertinente añadir que no obstante que las directivas de la Unión Europea así como la LCC de España, excluyen su aplicación a los contratos de adquisición financiada de un inmueble para vivienda, existe sin embargo otro supuesto que también es excluido, pero la jurisprudencia se ha encargado de reconocer la vinculación propagadora de efectos. Nos referimos a los casos de consumos de cuantía elevada.

Se dio en España el caso de un consumidor que solicitó un préstamo de 5.000.000 ptas para adquirir un vehículo, pero como la cuantía del crédito superaba los 20.000 euros, estaba excluido de la LCC. En ese sentido, no le eran aplicables los arts. 14.2 y 15 de la LCC, no obstante lo cual la SAP estableció que “no nos ofrece ninguna duda que se trata de un préstamo vinculado”, de modo que “entre el préstamo y la adquisición del vehículo se da una comunicación de vicisitudes”. Por eso, si el bien no se entrega, “el prestatario podrá resolver el contrato con las consecuencias inherentes, tesis a la que cabe acudir atendiendo a la virtud causal de los negocios, y al margen tanto de la Ley de Crédito al Consumo” (Marín 2010: 177).

Como corolario de esta parte del trabajo, tenemos que señalar que la realidad de la coligación negocial se impone a pesar de las camisas de fuerza de la ley. La realidad supera la ley y por eso han sido los tribunales los que han tenido que extender sus alcances aplicándola a casos en principio no previstos o simplemente prescindiendo de ella, reconociendo una vinculación causal surgida de la interpretación de los contratos y el nexo que los hace conformantes de una misma *operación económica global*.

Ahora bien, resulta interesante reconocer como en España, poco se ha tratado acerca de la vinculación en la operación económica materia de estudio, es decir los contratos de adquisición y de crédito para la adquisición de inmuebles o viviendas. Estimamos que eso se debe primero, a la exclusión expresa dispuestas en las dos leyes de crédito al consumo que ha tenido este país, y segundo pero principalmente, al hecho de la existencia de la Ley 57/1968 cuya tutela como hemos visto fue enriquecida por la jurisprudencia.

No obstante el rumbo de la tutela en ese país, no ha faltado la doctrina que ha reconocido el carácter coligado de los contratos antes referidos que componen la operación, aún sin que exista una ley que permita establecerla, y eso a partir de la STS del 24 de abril de 2013 que si bien no menciona expresamente la vinculación como tal, sí permite configurarla de forma subrepticia.

Citando dicha sentencia, señala Tenas que la vinculación entre ambos contratos puede existir en determinados casos cuando la adquisición de un inmueble se realice mediante la obtención de financiación. Algo que, -añade el autor- se produce en la gran mayoría de los casos en nuestro país. Y es que como lo constata, la existencia de la vinculación en la adquisición financiada de bienes inmuebles, permite sostener argumentos más que suficientes que respaldan el hecho de que los contratos vinculados son una realidad, al margen de lo quiera regular el legislador (2013: 149-174).

1.2 La solución de la jurisprudencia argentina

El problema de estudio se ha presentado también en la Argentina y ha merecido una respuesta no uniforme en la jurisprudencia de ese país. La operación económica es muy similar, un banco que financia la construcción o emprendimiento como se denomina allá y financia también a los compradores de las unidades inmobiliarias; operación desenvuelta en tres relaciones contractuales “autónomas”: las dos de los préstamos antes indicados y la del contrato de adquisición entre el promotor y el comprador; todos ellos con cláusulas unas más duras que otras, de exclusión de responsabilidad del banco financiador, por los obligaciones asumidas por el promotor.

La diferencia irrelevante para la solución estudiada, es que en muchos casos el banco ostenta el dominio fiduciario como garantía de cumplimiento del emprendedor o promotor inmobiliario, mientras que aquí la mayoría de las veces estos otorgan una hipoteca sobre el predio matriz donde se levantará la edificación.

Como veremos seguidamente, el principio de relatividad de los efectos contractuales paradigma del derecho civil moderno, es sometido a debate en la sentencias de las cortes argentinas.

No está demás anotar que todas las sentencias que vamos a citar, son posteriores al reconocimiento del fenómeno de la conexidad contractual acordado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), gracias al influjo de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti (Presidente de la Corte Suprema).

El primer caso (Abeledo Perrot N°: AR/JUR/6673/2007), refiere que el Sr. Cardero en 1997 suscribió con Emprendimientos Hipotecarios S.A. un contrato de preventa para la adquisición de una unidad inmobiliaria, pagando la cuota inicial en la cuenta que este promotor tenía en el Banco Hipotecario, banco que financiaba la construcción y debía otorgar el crédito al comprador para el pago del saldo, pero que se negó a efectuarlo alegando, injustificadamente seis meses después de solicitado, la “inconducta crediticia” de este. Ante tal situación el comprador demandó la devolución de lo pagado más el 6% de intereses pactados y daños morales, dirigiendo su demanda contra el emprendedor y el banco.

Como resulta previsible, el banco planteó la excepción de falta de legitimidad pasiva indicando que como “mero agente financiero” era ajeno a la relación jurídica entre el promotor y el comprador, es decir, invocó a su favor el principio de eficacia relativa del contrato. Contradijo además la demanda alegando que era el emprendedor inmobiliario (declarado rebelde), el que tenía a cargo la comercialización de las unidades y ejecución de

la obra y que ante el incumplimiento con el banco, éste había procedido a ejecutar la garantía tomando a su cargo la operación.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala C) con sentencia del 04.06.07 (Exp. 6673-2007), observó que el rechazo del crédito no era fundado debido a que no se acreditó el estado de riesgo financiero del solicitante ni otro motivo justificativo por lo que atribuye a esta decisión el motivo de la frustración de la operación de compra. Además el banco había adquirido, tras la ejecución de la fiducia, el rol emprendedor en la operación. Estimó de esta forma la demanda contra el banco pero no amparó el daño moral.

En otro caso (Abeledo Perrot N°: 1/70064995-7), el Superior Tribunal de Justicia rechazó los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Banco Hipotecario S.A., el originante (promotor) y el constructor, contra la sentencia que condenaba a todos ellos por daños y perjuicios incluyendo esta vez los morales en favor del Sr. Llina y otros, por los desperfectos de las viviendas, estableciendo como abusivas las cláusulas de exoneración de responsabilidad del banco, presentes en los contratos de adhesión de compra venta y en el de financiación, las cuales se tuvieron como no escritas. Se reconoció expresamente en ella el carácter coligado de la operación, la cual debe ser tratada “como unidad lógica motivada en una función económico-jurídica única que a todos los sujetos involucra, aún cuando haya sido articulada en convenios sucesivos y formalmente distintos, pero causal y teleológicamente vinculados”. Se agregó que al banco se le debe reputar responsable por su participación en la “cadena de comercialización que subyace al negocio”.

Con esta abierta perspectiva de análisis, se encontró que el banco no solo otorgaba el crédito al originante como alegaba, sino que se destacó la importancia mayor de su rol en la operación y su deber de obrar diligentemente no solo en resguardo de su derecho al recupero de su crédito, sino también tutelando los de los adquirentes de las viviendas en cuyo beneficio fue concebida la operación. De este modo se estableció como obligación del banco lo que en los contratos se fijaba como una facultad, esto es, “controlar las inversiones realizadas, la calidad de los materiales, las técnicas constructivas y el plan de trabajo”.

Esta obligación se tornaba patente en esta operación, desnudada ya de ropajes contractuales, porque se reconoció como objeto de tutela, la confianza depositada por el consumidor en la marca y el adecuado servicio del banco, en aplicación del Art. 40 de la Ley 24240 que alude a la responsabilidad de quien “haya puesto su marca o servicio, generando en el consumidor razonable expectativa derivada de la seriedad, solvencia y/o profesionalismo de quien la ostenta”. Se consideró así al banco portador de la confianza en merito a su rol y a su trayectoria.

Recordemos que ya habíamos anotado antes que el servicio bancario viene siendo considerado como un sistema experto en el que el consumidor confía; recordemos también que el banco tiene la obligación de gestionar los riesgos de su actividad, y dentro de ellos está el riesgo de crédito o cumplimiento de su prestatario que incluye la supervisión del destino de las inversiones y el riesgo operacional que sustenta el control y fiscalización del prestatario, como procedimientos típicos de la actividad bancaria.

En otro caso (Abeledo Perrot N°: 1/70044262-1) de condena al Banco Hipotecario (Exp. 48.401), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala A), con sentencia del

22.11.07, consideró, además de los elementos antes esgrimidos en favor del consumidor comprador, que en el debate “no debía estarse a la calificación dada por los celebrantes a sus respectivos roles sino a la efectiva función de cada uno de ellos en la realidad de los hechos”. Con ello se da relieve más a la realidad económica de la operación, que al ropaje jurídico formal. Asimismo, se estableció que el incumplimiento del emprendedor con el banco no podía oponerse al consumidor, quien contrató precisamente con aquel porque el banco lo financiaba y ostentaba el dominio fiduciario del inmueble, es decir el consumidor “llevó a cabo la operación confiando en el prestigio del Banco Hipotecario... y no en la seriedad y solvencia de Cash S.A.”

Esto nos lleva a lo que ya habíamos anotado antes y se reitera en esta sentencia. Nos referimos al profesionalismo del banco y su carácter de experto en el desarrollo de sus actividades. Y es que se destaca en la sentencia que el banco “es un comerciante altamente especializado, con obvia superioridad técnica sobre la actora, circunstancia que lo obliga a obrar con la mayor prudencia y conocimiento de su actividad profesional”, que debe ajustarse al estándar de responsabilidad agravada que emana del Art. 902 del C.C., según el cual “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

No escapó al análisis de esta sentencia además, el doble interés del banco en concretar la operación con el consumidor, “por un lado, el préstamo hipotecario a la actora y en promover, por el otro, el proyecto de Cash S.A., que él mismo había financiado”, de modo que más allá de los reclamos que pudieran efectuarse a dicha empresa constructora, la responsabilidad del banco frente a la actora por “la frustración del negocio resulta insoslayable”.

Ahora bien, como decíamos al inicio de este apartado, la jurisprudencia no es uniforme y existen fallos aunque menores que se han pronunciado sobre la no responsabilidad del banco, pero principalmente porque no se presentaron, a juicio de la Corte, suficientes elementos que lo vincularan con la operación. En efecto, en la sentencia de fecha 03.06.08 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L (Abeledo Perrot N°: 1/70047305-1), se consideró relevante que los actores no adquirieran las unidades con créditos hipotecarios del banco demandado. Además, frente al problema del incumplimiento del constructor, consistente en la demora de la obra, de la escrituración e inscripción de las unidades inmobiliarias, se destacó más bien que el banco haya continuado la obra con “beneficio sin duda a los adquirientes-consumidores que pudieron acceder así a la escrituración aun tardía”. Es decir, el banco al menos respondió culminando la obra.

Es importante reseñar que en esta sentencia se alude al fenómeno de los “contratos conexos” presentes en la actualidad de “la realidad económica-social... que exigen readecuación de paradigmas clásicos y requieren nuevas soluciones normativas”; solo que se considera que en este caso no se verifica este fenómeno, además de lo dicho líneas arriba, porque se apreció que el banco no fue un agente “plenamente involucrado en la toma de decisiones del inmueble a construir, sino que por el contrario, no se acreditó que haya tenido la iniciativa de construir, ni que fuera suyo el proyecto, ni que tuviera posibilidad de modificarlos, o de establecer prioridades de construcción”. Esto con base a lo establecido en los contratos, que si bien contemplaba la facultad de supervisar la obra para efectuar cada desembolso, esta vez los jueces no concibieron esta facultad como una obligación de cara al cumplimiento de toda la operación. Sobre todo porque el banco

financiador del proyecto no tenía exclusividad en el financiamiento de las unidades inmobiliarias, ni lo publicitaba con su marca.

En otra sentencia que no se encuentra responsabilidad en el banco (Abeledo Perrot N°: AR/JUR/105397/2013), la emitida el 19.11.13 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala A), se afirmó lo que expresa o tácitamente ha estado en cuestión en todos los casos: el principio de relatividad de los contratos. En efecto, no solo se da mérito al rol de mero financiador del banco, sino además a su indemnidad pactada en los contratos, estableciéndose que el “banco resulta ajeno a las convenciones que la entidad vendedora pactó con el demandante, tanto por las cláusulas de indemnidad como por el principio de relatividad de los contratos”. En ese sentido se determinó que no le es imputable al banco la entrega de la unidad inmobiliaria, sin efectuarse reproche alguno sobre el carácter de adhesión de los contratos suscritos por el consumidor y el rol del banco en la operación como financiador de la obra y de los compradores finalistas. Una sentencia en buena cuenta que recoge el paradigma del contrato aislado del derecho civil moderno.

Era necesario destacar en este trabajo que se hayan presentado estos casos en la jurisprudencia argentina, planteándose en la mayoría de ellos con éxito, la responsabilidad civil de los bancos en la operación económica objeto de nuestro estudio, invocando la figura de la conexidad contractual, la realidad económica que subyace a las formas jurídicas, el preponderante rol del banco dada su condición de doble financiador y su carácter de profesional experto en su actividad a quien le es exigible una conducta diligente atento a los riesgos propios de ella y finalmente la confianza depositada en el banco por el consumidor, digna de tutela en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de ese país.

Es pertinente añadir que la "causa", no ha tenido repercusión en la jurisprudencia argentina, y es que, como comenta Di Chiazza, los tribunales comerciales han sido algo más prácticos en resolver el asunto, teniendo que ver los argumentos centrales con la "apariencia", la "confianza" y la idea de "sistema negocial", que se han juzgado más novedosos. Así, “la cuestión en torno de la causa ha estado ausente en los planteos jurisprudenciales”, sin que signifique -se agrega “que no sea relevante”, simplemente, que ese fue el camino que se ha seguido los tribunales argentinos (2014).

No podemos dejar de señalar que también la doctrina y la jurisprudencia brasilera han reconocido que la operación económica bajo estudio, es una manifestación de la figura de la coligación contractual. Las cortes de este país ponen énfasis en el carácter ineficaz, frente al derecho del consumidor de adquirir las unidades inmobiliarias, de la ejecución de la hipoteca matriz que garantiza el préstamo promotor del banco, advirtiendo que “las instituciones financieras, no es raro, conceden los préstamos sin verificar la viabilidad económica de los emprendimientos o la solvencia de las incorporadoras” (Leonardo 2013: 23). Como se puede apreciar, hay un reproche a la conducta negligente de los bancos al no gestionar los riesgos de su actividad profesional, esto es, no elegir o supervisar adecuadamente al promotor inmobiliario.

2. Bases para establecer la responsabilidad civil de los bancos en la operación económica estudiada en el Perú

2.1 Aplicando la figura de la coligación negocial

2.1.1 La interpretación de los contratos de esta operación económica global

En línea de principio, y desde la perspectiva del paradigma del contrato aislado que informa nuestro código civil, se podría afirmar que en los contratos que componen la operación económica estudiada: préstamo promotor, compraventa y préstamo finalista, no existiría nada que interpretar. Las cláusulas de dichos contratos son intrínsecamente inequívocas respecto de lo que desean expresar.

Si bien el interés de los compradores (consumidores finalistas), es clara: adquirir la propiedad de la unidad de vivienda, no son conscientes, de que el banco que financia la operación se comprometerá con tal resultado. De hecho se pacta que le son ajenos al banco los compromisos del promotor inmobiliario.

En efecto, en el contrato de préstamo finalista que se celebra para la financiación de la compra, se reconoce expresamente que el banco no asume ninguna responsabilidad por las obligaciones del promotor frente al consumidor respecto de la entrega del bien. Esta importante cláusula, que confiere al banco el rol de tercero ajeno a la relación de compra, no puede predicarse de ambigua, dudosa o de varios sentidos, que la haga susceptible de una interpretación subjetiva.

Los consumidores no juzgan esa cláusula de exoneración de responsabilidad como irregular porque conocen, imbuidos de la perspectiva del contrato aislado, los roles del promotor y del banco. Sí hay sin embargo una idea en ellos de que el banco respalda de algún modo la operación, una suerte de confianza por la participación del banco en ella, de cuya operatoria nos ocuparemos luego.

Lo que queremos dar cuenta aquí es que el modelo de búsqueda de la “común intención de las partes”, no satisface la necesidad de interpretación de los contratos coligados estudiados, porque el reparto de los riesgos de dichos contratos está claramente “acordado”. En ese sentido, la “común intención de las partes”, no es expresiva del interés económico presente en la operación. Dicho interés no pasa por el filtro de la común intención, sino por el resultado del programa.

De tal modo, si seguimos la posición de que para que se recurra a los métodos de interpretación objetiva, se deben haber agotado los subjetivos (Roppo 2009: 444), pues entonces vamos a quedarnos sin labor interpretativa, por la sencilla razón de que no hay nada que interpretar. Todo está claro, el reparto de los riesgos en las cláusulas está claro en la medida que fue aceptado por el consumidor. El problema es que esa aceptación, ese “acuerdo” no son tales, pero su reproche pasa por el empleo de otro medio de interpretación: el *contra proferentem*.

Por fortuna nuestra autorizada doctrina, considera que no existe orden de prelación en la labor interpretativa de modo que podemos descartar la interpretación subjetiva y trabajar con los criterios objetivos, que son los que nos permitirán efectuar el control de coherencia

de la operación o la justicia contractual. Así tenemos, no solo a la interpretación *contra proferentem* ya citada sino además a la causa y a la buena fe, desenvueltas ambas en un espectro mayor en la *operación económica global*, y con una funcionalidad distinta que al de la interpretación del derecho civil clásico. De la operatividad de la segunda nos ocuparemos en las siguientes líneas porque instrumentaliza mejor la herramienta de solución que estamos empleando primero: la coligación negocial.

Como ha señalado Gabrielli en alusión a su noción de causa, es el interés en el resultado de la operación, el que se erige como objeto de control por parte del ordenamiento y este control a través de la interpretación, permite decidir teniendo en cuenta la construcción de la operación económica concreta, cuáles son los criterios de administración y de distribución del riesgo contractual a ser aplicados al caso para balancear los intereses contrapuestos (2012: 23-24).

Esto compatibiliza con la noción de obligación del profesor Fernández, para quien es la utilidad en el resultado el centro de interés del acreedor y por tanto de la obligación del deudor, quien tiene que orientar su conducta a ese propósito (2004: 604). Esto nos permite poner en relieve no la voluntad que pudiera quedar expresado en los contratos, ficticia además dado que dos de ellos (el préstamo promotor y el préstamo finalista), fueron predisuestos por el banco, sino el resultado de la operación, que no es otro que la inscripción tanto de la propiedad del consumidor como la hipoteca que garantizó su adquisición, pues de esta manera, todos los que participan de ella, podrán satisfacer sus respectivos intereses.

En efecto, con la conclusión de los edificios (inscripción de su fábrica) y la venta de sus unidades inmobiliarias, el promotor verá culminado su proyecto y pagará al banco el préstamo promotor que lo permitió iniciarlo, éste por su parte tendrá la garantía de los nuevos préstamos a los consumidores finalistas y éstos obtendrán el reconocimiento y publicidad de su dominio en el registro.

Compartiendo la posición de los profesores Morales y Vásquez, consideramos que la causa es el criterio jurídicamente relevante para determinar los efectos jurídicos de los contratos coligados, en virtud del principio de unidad estructural que define el negocio jurídico (y el contrato en particular) como una totalidad autónoma de relaciones internas, en la que no hay término o elemento suelto, pues cada uno de ellos está en relación con otro o en relación con la totalidad que lo constituye. Esta realidad es más apreciable en una relación de consumo como veremos más adelante.

2.1.2 Coligación concreta establecida a partir de la interpretación teleológica o causal de la operación económica

Si para establecer una situación de coligación concreta se requiere la concurrencia de una pluralidad de contratos, los cuales de manera coordinada deben estar dispuestos para la obtención de un resultado que no puede ser cumplido o satisfecho a través de uno solo de ellos, pues entonces tenemos que en el caso de la operación económica bajo estudio, se ha cumplido tal requisito.

En efecto, primero, ya vimos al inicio de este trabajo que los proyectos de edificación de unidades inmobiliarias, se estructuran a través de tres relaciones jurídicas autónomas: la

primera entre el banco y el promotor inmobiliario por el préstamo que aquel otorga a éste para la edificación (préstamo promotor); la segunda, entre el vendedor (y a su vez promotor inmobiliario) con el comprador para la adquisición del bien; y la tercera entre este último con el banco que financia la adquisición del bien (préstamo finalista). Desconocer esta realidad económica, esta estructura trilateral, como ha señalado Vásquez, es innegable. Nos resta solo establecer la coligación funcional concreta.

Ahora bien, esta operación económica como ya dijimos al inicio, se corresponde con la de crédito al consumo que tiene un largo trecho en la legislación europea, pero como nosotros no tenemos una regulación así, dejemos esta especial tutela para construir otra que responda mejor a la realidad económica de nuestra operación, a su estructura económica coligada.

El segundo requisito, el nexo propio que determina la coligación, no está establecido en nuestra operación por el texto de los contratos (manifestación de voluntad expresa o tácita de las partes), sino por el contexto, es decir, que es apreciado a partir de la concurrencia de indicios objetivos presentes en ella. Los contratos de compraventa y de crédito no contemplan una vinculación expresa entre ellos que pudiera autorizar la propagación de sus efectos o comunicar sus vicisitudes. Todo lo contrario, cada uno de ellos se reconoce autónomo y se contempla más bien, en lo que respecta al banco, una exclusión de responsabilidad frente a las obligaciones del promotor inmobiliario.

Pese a ello, hemos podido detectar con apoyo de la doctrina que venimos siguiendo, que entre el banco financiero y el promotor inmobiliario, existe lo que se ha denominado una *unidad económica*, en los términos de la coligación de la doctrina, jurisprudencia y legislación alemana, o *unidad comercial* en los términos de la coligación de las directivas de crédito al consumo europeas³⁸, es decir, una colaboración de mutuo beneficio que se consolida en el hecho que para el desarrollo de este proyecto inmobiliario, el banco que otorgó el préstamo promotor es el mismo que otorga los préstamos finalistas a los compradores de las unidades inmobiliarias.

Recordemos además que el producto financiero de préstamo promotor, comprende un asesoramiento del banco al promotor, publicidad gratuita de su proyecto en la web y las agencias, y algunas veces licencia de uso de la marca del banco. Además, la captación de los consumidores compradores de las unidades inmobiliarias, es realizada por el mismo banco, a través de sus ejecutivos de cuentas (dentro del proyecto o en el mismo banco) o a través del ejecutivo del mismo promotor, quien los remite al banco que pasa a convertirse en doble prestatario.

Otro fuerte indicio de vinculación negocial lo constituye el hecho de que el préstamo que otorga el banco al comprador del bien para el pago del saldo del precio, es entregado directamente al promotor inmobiliario a una cuenta que éste tiene en el mismo banco, de donde éste podrá debitar las cuotas del préstamo promotor. El consumidor, solo firma el voucher.

³⁸ Ver notas 4 y 7. Ya anotamos antes que no existen razones técnicas para que tales directivas no se apliquen a los contratos de adquisición a crédito de viviendas y además que el Tribunal Europeo viene flexibilizando su aplicación a estas operaciones, a la par de países como Francia y Alemania cuya regulación sí se aplica a los contratos de nuestro estudio.

El banco además conserva un fondo de garantía que es cubierto con una parte de los desembolsos de los préstamos finalistas, garantía que será entregada al promotor al término de la operación, es decir, cuando se cancele el préstamo promotor, lo cual ocurre cuando se inscribe la fábrica y se independizará las unidades inmobiliarias. Este fondo sin embargo, solo beneficia al banco, aunque debería beneficiar también a sus clientes, con quienes tiene suscritos los préstamos finalistas. Ello en caso el promotor no cumpla con sus obligaciones.

Adicionalmente, como corolario de la imbricación contractual, tenemos que el negocio jurídico del préstamo finalista se causaliza, pues se estipula que la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura que es descrito en el contrato de compraventa. Es decir, este contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, tanto así que en la mayoría de los casos, el contrato de préstamo constituye una cláusula adicional inserta en el contrato de adquisición, conformando ambos la misma escritura pública, el mismo kardex notarial que se presentará así a registro.

Como vemos, el vehículo para arribar al reconocimiento de la coligación negocial, es la interpretación teleológica o causal de la *operación económica global*.

2.1.3 El Código de Consumo favorece la interpretación causal

Una revisión detenida de nuestro Código de Consumo, nos permite señalar que sí hay elementos, aunque desprovistos de organicidad y tal vez a pesar de la voluntad de sus promotores, que apoyan el reconocimiento de la figura de la coligación en una relación de consumo como la estudiada.

En efecto, su Art. II establece no solo que el código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos, sino además que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección. En este caso, el mecanismo o figura de protección presente en la doctrina civil desde hace mucho pero desatendida en nuestro país, que consideramos reclama su aplicación en esta *operación económica global*, es la coligación. Es ella la que efectivizará la protección del consumidor a crédito. Lo que corresponde a los operadores jurídicos en este aspecto es repensar nuestro derecho y adaptarlo a la realidad económica.

Otro de los propósitos del código contemplado en este Art. II, es la corrección de conductas y prácticas que afecten los legítimos intereses de los consumidores, pero cómo vamos a lograrlo si no nos actualizamos. Esta función correctora alude a un estado de anormalidad que puede presentarse en una relación de consumo por conductas (incumplimientos) o prácticas (contratos de adhesión, disposición arbitraria de la eficacia relativa de los contratos, abuso de posición de dominio, exclusión de responsabilidad, indebido repartos de riesgos, etc.), que afectan los intereses legítimos de los consumidores.

Esta función correctiva de nuestra legislación consumerista emana del Principio de Corrección de la Asimetría, aquella proveniente de la mayor información con que cuenta los proveedores o la situación de desequilibrio que se presente entre éstos y los consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja. Esta relevancia es precisamente la verificación de la conexidad, de la funcionalidad común de más de un contrato. En nuestro caso, la relevancia de la unidad económica con que se presentan ante el consumidor, el

proveedor y el financiador. Este concepto como hemos dicho antes, tiene presencia desde hace más de 50 años en la doctrina, por lo que sería anacrónico no reconocerla en nuestra casuística.

Adicionalmente el Principio de Buena Fe, plantea que en la evaluación de la conducta de las partes se deben analizar las circunstancias relevantes del caso, la información brindada, las características de la contratación y otros elementos de la relación de consumo, es decir, el conjunto de la *operación económica global*. Después de haber dado cuenta de los indicios reveladores de la coligación concreta entre el promotor y el banco en esta operación económica, nos preguntamos ¿son éstos irrelevantes?, ¿no son demostrativos de una circunstancia particular ajena al aislamiento contractual con que fue dispuesta la operación?

Consolida la develación de esa realidad económica de la operación, el que el Principio de Primacía de la Realidad señale precisamente que en la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. En buena cuenta, se tiene que la forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa. Este principio merece especial atención pues por medio de él, se confiere más relevancia al fondo que a la forma.

En efecto, más allá de las forma pactada (contrato aislado), se puede otorgar prevalencia a la verdadera naturaleza (conexión contractual), en virtud a la funcionalidad económica que se desea cumplir. Aquí lo que importa es lo que subyace al acto más que la forma contractual empleada. Esta es la puerta para que los jueces u otras autoridades ingresen al análisis global, remitirse a la naturaleza y funcionalidad de las cosas y sancionar una vinculación contractual, más allá de la relatividad pactada.

No olvidemos que el Art. 18 alude también a “las características y naturaleza del producto o servicio”, atendiendo a “las circunstancias del caso”. Agrega que la idoneidad es evaluada “en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado”.

El Art. 20° que regula la garantía implícita se refiere también a la funcionalidad y los fines previsibles del acto de consumo, así como los usos y costumbres del mercado, como aspectos a tener en cuenta. Queda claro que la operación económica de la compra financiada de un inmueble en planos, es una práctica común que se desenvuelve a través de tres contratos coligados como lo hemos demostrado antes.

El recurso a los usos y costumbres comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes, es recogido también en el Art. 21.2 cuanto establece que para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una *operación* en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acude a los mencionados recursos relevantes en la operación económica.

Finalmente, como ya habíamos anotado antes, vemos como el Art. 49° sí consagra de manera expresa la vinculación negocial. En efecto, al referirse a las cláusulas abusivas en los

contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, además de aludir de nuevo a la buena fe y a la situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos, el legislador peruano ha prescrito que para la evaluación no solo se tiene “en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato y todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado”, sino que además, se tendrá en cuenta “todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa”.

De la vocación correctora del código y el favorecimiento a la realidad de la circunstancia de la operación económica y la finalidad de la relación de consumo, todas ellas compatibles con la idea moderna de la causa, de aquella que transparenta la coligación, está compuesta esta primera herramienta de la coligación que nos permitirá establecer la responsabilidad de los bancos. No se nos escapa además que ya existe desde hace casi 30 años en el civil law, el reconocimiento de la coligación en las operaciones de crédito al consumo y como ya hemos anotado antes, la operación bajo estudio se inserta dentro de aquella.

2.1.4 Efectos del establecimiento de la coligación. Los remedios de la excepción de incumplimiento, resolución de contrato y acción de responsabilidad civil

Establecida la coligación concreta por el contexto y libre entonces la operación de los límites de los ropajes contractuales, es posible tener un espectro mayor de las obligaciones de las partes que participan en ella y comunicar incluso sus vicisitudes, de entre las cuales interesa a este trabajo sobre todo, el remedio de la acción de resarcimiento de daños, que juzgamos más apropiada para enfrentar los problemas de estudio.

Los remedios de que se dispone por efecto de la coligación, la excepción de incumplimiento, la resolución de contrato y la acción de responsabilidad civil, tienen que sancionarse atendiendo al perfil de cada uno de ellos y los presupuestos de hecho y derecho que requieren.

En este punto nos preguntamos, ¿es viable que el consumidor, cuya tutela es objeto de este trabajo, pueda tener éxito judicial planteando la excepción de incumplimiento ante el banco por el incumplimiento del promotor? Consideramos que no. Al menos en esta operación, este remedio implica superar de modo excesivo los parámetros del principio de eficacia relativa de los contratos. Sin una regulación de orden legislativo o contractual que lo establezca, consideramos que la interpretación causal, no puede llevarnos al extremo de considerar que el banco se vea impedido *a priori* de recibir el pago de las cuotas del préstamo que otorgó al consumidor, por el incumplimiento del promotor.

Frente a los problemas detectados en esta operación, el consumidor adquirente puede plantear contra el banco financiador, los remedios de defensa típicos tales como la resolución del contrato de préstamo promotor, la excepción de incumplimiento y la acción de resarcimiento, siempre y cuando se configure la entidad del *incumplimiento* del banco, en los dos primeros casos y le sea imputable los daños, en el último.

De este modo, sin previsión legal o contractual, no puede ser efecto automático de la coligación, que el banco pierda el derecho de exigir el repago de las cuotas del préstamo que otorgó al consumidor. Los dos primeros remedios están vinculados a su presupuesto

de origen, es decir, la *entidad del incumplimiento* de la parte ante quien se plantea. Es el incumplimiento el centro del reproche del cumplidor. Aprobar esta excepción sin verificar antes la entidad del *incumplimiento* del banco, resultaría una injusticia contractual. Pensamos por eso que éste no es el camino correcto para establecer la responsabilidad del banco.

Consideramos que el remedio idóneo técnica y legalmente para establecer la responsabilidad del banco ante los problemas detectados, es el resarcimiento de daños. Lo más apropiado es acudir a las reglas de la responsabilidad civil y detectar en el juicio que corresponda en esta operación económica libre de ropajes contractuales que la limitaban, si el banco es responsable total o parcial, por acción u omisión, de que se hayan generado los problemas descritos y daños al consumidor.

Y es que una cosa es responsabilizar al banco por sus actuaciones (en un escenario más amplio ahora claro está) y otra responsabilizarlo por las actuaciones exclusivas de otro, en este caso el promotor, e instaurar una suerte de responsabilidad objetiva que no concuerda con nuestro ordenamiento legal.

De tal modo, solo si el banco es encontrado responsable de que el incumplimiento al consumidor, obedece única y exclusivamente a su actuación, podrá aplicarse el remedio de la excepción de incumplimiento frente al banco; empero si el incumplimiento proviene de una actuación del promotor, no es el camino correcto hacer del banco centro de esa imputación y perjudicarlo con el no pago de las cuotas del préstamo finalista. Así las cosas, el remedio indicado no representa una vía justa. La misma explicación es aplicable al remedio de la resolución de contrato de préstamo finalista por parte del cliente, que requiere también de la entidad del *incumplimiento* del banco de una obligación.

Cabe señalar que esta forma de tutela establecida vía la coligación y posterior juicio de responsabilidad civil, podría obtenerse autónomamente con prescindencia de los otras dos formas de tutela que trataremos más adelante, es decir, la obtenida por la vía de apreciar los riesgos de la actividad que sustentan la culpa bancaria y la obtenida por la vía de la tutela de la confianza y el sistema experto que representa la banca. No dudamos sin embargo que estas tres formas de tutela pueden concurrir para fundar con más solvencia, un caso de responsabilidad civil bancaria.

2.2 Aplicando los riesgos de la actividad bancaria en el examen de la conducta diligente del banco

Uno de los propósitos principales de este trabajo, ha sido insertar los conceptos de riesgo de crédito y riesgo operacional en el juicio de responsabilidad de los bancos, es decir comunicar estos conceptos de la disciplina financiera (reconocidos y regulados por casi todas las legislaciones del mundo incluyendo la nuestra), con el derecho de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de los criterios de imputación.

Y es que consideramos que estos conceptos pueden justificar o dar explicación a múltiples casos de responsabilidad civil de los bancos establecidos en el ejercicio de su actividad. No tenerlos en cuenta sería zanjar la integración cada vez más fuerte que se da en el conocimiento. Esos conceptos son también jurídicos y solo falta conectarlos o retroalimentarlos en la casuística.

En la operación económica de estudio, consideramos que los diversos problemas que se han identificado, tales como la falta de diligencia en la gestión de obtención de las licencias y la factibilidad de los servicios públicos, impericia en la inversión de la ejecución de la obra, falta de planificación adecuada de la misma, incumplimiento de los parámetros de la construcción eventualmente, uso inadecuado de los recursos obtenidos del banco y de los finalistas; si bien pertenecen *a priori* a la esfera de gestión del promotor inmobiliario, advertimos que tales conductas, pudieron ser evitadas o gestionadas por el agente con más poder de control en la operación económica, es decir, el banco.

Y es que, como hemos señalado, las empresas financieras cuentan con una organización técnica, administrativa y humana que las obliga a actuar de manera eficaz y anticipar o proveer los riesgos de daños que su actividad pueda causar a sus clientes y terceros. Dada su posición de preeminencia lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus operaciones, los bancos gozan de la suficiente capacidad para administrar los riesgos inherentes a su actividad profesional y precaver los daños que la misma conlleva. Por eso, pensamos que la culpa (grave o leve) de ellos, como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan.

Hemos propuesto en este trabajo que el contenido del deber de diligencia del banco, está integrado por los postulados de la *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito de los que hemos venido hablando y en el caso de la operación económica estudiada, observamos que los problemas detectados debieron ser gestionados por el banco financiador de la operación, en sus respectivos procedimientos de evaluación de estos riesgos.

La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal que se incorpora al juicio de su diligencia profesional. No forma parte de una política de buenas prácticas de carácter voluntaria. Dicha gestión constituye una obligación legal que no debe ser ajena a los operadores del derecho, constituye una conducta típica exigida por la ley y exigible desde luego por el consumidor, y la verificación de la omisión o cumplimiento inadecuado de esta obligación, tiene la aptitud de fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo (que ya hemos visto no corresponde a nuestro sistema de responsabilidad contractual por defecto del servicio bancario), sino como parte del juicio gobernado por la culpa, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco.

En nuestro caso, dada la carga obligacional que asume el promotor para la satisfacción de los intereses de las partes en esta *operación económica global*, el riesgo de su incumplimiento debe ser gestionado por el banco a través de una adecuada supervisión. El banco debe presupuestar en su gestión de riesgos que si el promotor incumple con el pago de su deuda o la edificación adolece de retrasos o defectos, sus prestatarios finalistas tenderán a incumplir también sus cuotas de sus préstamos, y devenir todo ello en riesgos de crédito.

El banco no puede únicamente entregar los recursos económicos a la operación y dejar que el promotor lo invierta con total discreción, porque éste puede realizar un uso inadecuado o indebido de ellos, afectando el recobro tanto del préstamo promotor como de los préstamos finalistas. Así las cosas, la vigilancia bancaria al promotor se consolida como una obligación que emana de la finalidad misma de la *operación económica global*. Lo que planteamos es que el banco vigile el flujo de inversión que inyecta en la operación, que ella tenga una correspondencia con el avance de la obra, que exija al promotor toda la

documentación (proyecto de obra, licencia, factibilidad de servicios públicos, etc.), que requiera la ejecución del proyecto. La operación exige que el banco tenga procedimientos de gestión de riesgos de crédito y operacionales, acordes con ella.

No satisface una repartición justa de los riesgos involucrados en esta *operación económica global* el que sea solo el banco el que tenga garantizado el pago de su acreencia con la hipoteca matriz y las promesas de hipotecas futuras.

El banco puede precaver razonablemente que si su cliente finalista es incumplido por el promotor, tal incumplimiento repercutirá en su interés o capacidad de repago al banco, por lo que cabe un mayor reproche de su conducta desidiosa en la operación. Así las cosas, la vigilancia bancaria al promotor se consolida como una obligación que emana de la finalidad misma de la *operación económica global*.

No estamos proponiendo que el banco intervenga en la elección de los materiales de construcción, o que supervise técnicamente la obra (como sí se considera en algunas sentencias argentinas por ejemplo). Lo que planteamos es que vigile el flujo de inversión que inyecta en la operación, que ella tenga una correspondencia con el avance de la obra, que exija al promotor toda la documentación (proyecto de obra, licencia, factibilidad de servicios públicos, etc.), que requiera la ejecución del proyecto.

No basta con tener garantizado el pago de su acreencia con la hipoteca matriz y las promesas de hipotecas futuras. Eso no satisface el riesgo de crédito que está llamado a gestionar en esta particular operación económica. Como se afirma, el riesgo de crédito no solo tiene que ver con los créditos, sino también con las llamadas obligaciones “contingentes”, es decir, aquellas que dependen de la realización de un hecho, como por ejemplo la “de construir bien una obra” (Belaunde 2012: Gestión), ya que si ésta no se hace, no solo tendrá que recuperar el pago de su deuda sino además asumir las consecuencias que deriven de ese incumplimiento, frente a terceros con quienes también ha contratado en esa operación económica.

El banco debe ser escrupuloso en el cumplimiento de sus procedimientos bancarios y lo que sostenemos aquí es que el procedimiento de préstamos que comprende la supervisión de la inversión de la obra y el control de los permisos para la misma, constituyen procedimientos típicos bancarios sujetos a riesgos denominados operacionales, esto es, aquellas que resultan de procesos internos fallidos o inadecuados, de personas, sistemas o eventos externos.

En este punto, traigamos de nuevo la posición del profesor Fernández, acerca del alcance de la obligación y el valor de la utilidad del acreedor como medida de control de ella, la posición que plantea que la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad de modo que solo ella libra al deudor (2004: 617).

En este caso, el deudor es el banco, quien tiene obligaciones distintas a las expresamente estipuladas en los reglamentos negociales (gestionar los riesgos típicos de su actividad). Su obligación en la operación pasa por satisfacer el interés del acreedor, es decir del consumidor finalista que adquiere las unidades de vivienda, y eso pasa por procurar la inscripción de la fábrica en el registro en el tiempo pactado. El banco sólo podrá liberarse de esta obligación si prueba el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, que

acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles les impidieron cumplir su obligación. ¿Los tiene el banco?, ¿no es acaso riesgo típico de su actividad, supervisar a su prestatario, el promotor inmobiliario?, ¿si el banco hubiera gestionado adecuadamente sus riesgos operaciones y de crédito, se hubieran presentado los problemas que motivan este estudio? Esperamos con este trabajo haber respondido estas preguntas.

Como estamos observando, el caso contra el banco puede fundarse en el incumplimiento de su obligación de gestionar los riesgos de su actividad, una obligación que consolida su diligencia y que ahora debe ser apreciada teniendo en cuenta su posibilidad de actuación en la operación.

Ahora bien, es importante señalar que para el establecimiento de esta responsabilidad se puede prescindir incluso de la figura de la coligación y de la consideración de *consumidor* a su cliente bancario y la especial tutela que la Constitución y la ley le otorga. Es decir, solo prestando atención a los riesgos de la actividad bancaria podemos encontrar y de hecho encontramos, motivos fundados para establecer la responsabilidad de los bancos.

Podemos prescindir también de la interpretación por el principio de la buena fe y ello porque sostenemos que la responsabilidad civil de los bancos, está bien asentada en su diligencia profesional y su obligación legal de gestionar los riesgos de su actividad. En ese sentido, la buena fe no sería una herramienta más apta que la obligación recientemente incorporada a la actividad bancaria.

Y es que para exigir la obligación de gestionar sus riesgos no se requiere apelar a la buena fe, a la corrección del banco, si podemos recurrir precisamente al carácter vinculante de dicha obligación e incorporarla en su diligencia.

No escapa a nuestro análisis además, que la gestión de riesgos bancarios es fruto de la posición que postula “un afianzamiento de la globalización económica que tiende a buscar una generalización en ámbitos conexos a los mercados y que requiere de un debilitamiento de la facultad normativa del Estado” (Manrique 2007: 29).

En ese sentido, resulta paradójico cómo esa obligación de gestionar los riesgos provino de la regulación internacional privada y ha sido acogida después por los Estados, de modo que sería difícil encontrar algún defensor a ultranza de la ausencia del Estado que pretenda negar el carácter vinculante de reglas nacidas de los propios agentes del mercado, acaso como un *mea culpa* o tal vez como lección de los errores cometidos en el pasado que los llevaron a buscar paradójicamente el rescate del Estado.

El hecho es que los propios bancos disciplinaron su gestión de riesgos, la incorporaron a su actividad y no deberían decirnos ahora que no podemos invocar dicha gestión para juzgar sus conductas frente al consumidor. Éstos, nosotros obviamente como tales y operadores del Derecho y también la institución de la responsabilidad civil, deberíamos agradecer y saludar que los bancos nos muestren el derrotero para juzgar sus actos. Este camino, consideramos, no tiene retorno, la institución de la responsabilidad civil ya tomó nota de esta herramienta. Hacer eco de esto es nuestro modesto aporte.

No sabemos si los bancos fueron conscientes de la herramientas que nos daban, pero sí que vivimos en una sociedad del riesgo de la que ellos por experiencia propia (crisis de consecuencias mundiales que pasaron), no podrían ser ajenos.

Retornando al principio de la buena fe, no podemos sino expresar que este queda corto, en la exigencia a los bancos en esta materia. Nos preguntamos si no estamos asistiendo a un escenario en el que los riesgos y obligación de su gestión, nos haga abandonar la tibia exigencia de la buena fe. ¿Para qué queremos la rectitud y la honradez si podemos visibilizar sencillamente la obligación?

Nos preguntamos finalmente si es posible que estemos asistiendo a una evolución de la responsabilidad civil, en esta cada vez más autoconsciente sociedad del riesgo, y si la obligación de gestionar los riesgos bancarios sea un eslabón firme en la cadena evolutiva.

Al igual que lo hicimos cuando abordamos la tutela de la coligación, no dudamos sin embargo que las tres formas de tutela pueden concurrir para fundar con más solvencia un caso de responsabilidad civil bancaria. Es momento de tratar la tercera.

2.3 Aplicando la tutela de la confianza en el sistema experto bancario

El servicio bancario, como hemos desarrollado antes, está a cargo de un proveedor experto, una empresa que conoce su negocio y proyecta en el consumidor adquirente a crédito, una confianza de que la operación en la que participa se llevará a cabo correctamente. El comprador confía en el banco que financia el proyecto inmobiliario, le resulta a éste más económico vigilar al promotor que a cada uno de los finalistas, finalistas con quien el mismo banco contrata, dando por tanto una doble sensación de seguridad de que todo irá bien. Y es que si el banco le presta al promotor y le presta al consumidor, qué problema podría haber; el banco respalda la operación, su marca está en el cartel del proyecto, éste debería ser entonces serio.

El banco proyecta su prestigio y fuerza corporativa cuando interviene en una operación inmobiliaria. Son éstos valores los que se transmiten al consumidor al buscar captarlos. Se ha dicho por eso que en este “accionar el consumidor puede ser traicionado por creer de buena fe en lo que ve en la publicidad y considerar como cierto lo que realmente puede no serlo” (Ordoquía 2014: 601).

No debemos olvidar que la adquisición del bien en este caso, es de algo inexistente, un bien futuro, de ahí la trascendencia de la confianza y el peso vinculante de la publicidad, no solo del promotor sino también y principalmente del banco. Es difícil que el consumidor conozca al promotor y confíe por eso en él, lo que sí es seguro que conoce al banco y en él deposita su confianza. Se asume además que el banco no da créditos o establece relaciones con cualquiera sino con empresas serias.

De lo que se trata además, es que los bancos cumplan con tutelar la confianza que sus clientes depositan en ellos, que cumplan lo predicen en sus web site acerca de que el cliente es lo más importante de su corporación. Así, la confianza merece tutela. Nuestro Código de Consumo sustenta esa tutela en varios de sus dispositivos. La confianza del consumidor es un valor jurídico en una relación de consumo.

Una revisión detenida de dicho código, nos permite señalar que sí hay elementos que pueden apoyar el reconocimiento de la tutela de la confianza que emana de sistema experto.

La confianza es una expresión del Principio de la Buena Fe. Es ésta la que debe guiar la conducta de las partes y para ello se deben analizar las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos de la operación, de lo que ya hemos dado cuenta antes.

Lo que queremos resaltar aquí es que en esta materia de protección al consumidor se reconoce también el principio de buena fe, del cual derivan los valores de Confianza y Lealtad, aquellos que mucho menos pueden dejar de estar presentes en la relación con una entidad financiera, por ser consustanciales a ella.

Ahora bien, como ya hemos anotado antes, esta operación económica merece ser interpretada para poder hallar, como es pretensión de este trabajo, la vinculación del banco en la operación. Y es que como hemos anotado al inicio, el estado de la cuestión es que los bancos no son imputados de infracción alguna frente a los problemas que se presentan. Y esto se debe en principio, a la eficacia relativa de los contratos que son suscritos.

Tanto el contrato de préstamos promotor (fuera del radar del derecho de consumo), el contrato de préstamo finalista (ambos contratos de adhesión predispuestos por el banco), y el contrato de adquisición, vinculan en principio a las partes que los suscriben, de modo que si se quiere dar un rol al banco en los contratos que no ha suscrito, esa tarea pasa por considerarlo Parte Asimilada, como se ha propuesto antes.

Para que esto ocurra, en una línea de interpretación distinta a la causal en la operación coligada, es menester emplear el método de interpretación de acuerdo con el Principio de la Buena Fe y la interpretación *contra proferentem*, más aptos para esta herramienta de solución que estamos tratando.

Como sabemos, de la buena fe deriva la tutela de la confianza que es recogida por el código de consumo, de modo que podemos acumular aquí tanto la interpretación a partir de la buena fe del 168 del Código Civil, como la buena fe que regula el código de consumo.

Como medio de interpretación de carácter objetivo, “la buena fe asume la función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, pues permite integrar el contenido contractual de manera dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, que pudieran encontrarse eventualmente en una situación de desventaja” (Manrique 2007: 5).

Esto precisamente es lo que ocurre en la operación bajo estudio. El banco como empresario experto y proveedor de los recursos dinerarios que hacen posible el proyecto, por eso mismo predispone los dos contratos de préstamos (promotor y finalista) y se excluye de la responsabilidad en ellos. El banco tiene un doble interés en la operación y frente a los problemas, hasta se le podría imputar de participar de un conflicto de intereses, porque buscará cobrar su acreencia en el primero, importándole poco que eso implique afectar a su otro cliente, el consumidor finalista, quien deberá seguir pagando su préstamo. Nos preguntamos por eso ¿compatibiliza esa conducta con la buena fe? No pensemos en la

diligencia que se considera puede ser nutrida de la buena fe, sino en la conducta leal en la operación.

Con seguridad la operación merece ser corregida, no se ajusta ella a la justicia contractual, fin de la buena fe. El reequilibrio pasa por observar las circunstancias objetivas de la operación y adaptarlas dando valor a la corrección exigible de las partes en ella, a la confianza que se deposita y, desde luego, haciendo efectivo, de que no solo las cláusulas (que pueden no ser ambiguas como hemos señalado anteriormente y no merezcan interpretación), sino también las conductas que emanan de la corrección que hace parte de la operación, sean interpretadas a favor del consumidor no predisponente. Esto implica no excluir al banco de la responsabilidad en toda la operación, es decir, inaplicar esta exclusión, permitiendo así que pueda ser llevado a los tribunales como no lo ha sido hasta ahora.

No escapa a nuestro análisis que el consumidor que suscribe el contrato con el banco solo puede aceptarlo o rechazarlo en su conjunto, sin poner reparo a los alcances de alguna de las cláusulas. Esta condición es demostrativa del poder de los bancos, poder que tiene que ser reequilibrado con apego a la buena fe para obtener la justicia contractual.

No olvidemos que el Art. 18° del código de consumo define la idoneidad como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe y que ella es evaluada “en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado”. Pues bien, lo que espera el consumidor finalista es que el banco no desampare la confianza que depositó en él.

El Art. 20° por su parte regula la garantía implícita y se refiere también a la funcionalidad y los fines previsibles del acto de consumo, así como los usos y costumbres del mercado, como aspectos a tener en cuenta. Como ya anotamos antes, la funcionalidad de la *operación económica global* estudiada se realiza a través de tres contratos, dos de los cuales son predispuestos por el banco que participa en ellas, de modo que es previsible que el banco, organización experta, debe haber verificado que dicha operación culminará sin problemas.

El Art. 21° de manera especial reconoce la tutela de las expectativas del consumidor, al señalar que “A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor”. Agrega más adelante que “21.2 Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acude a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes”.

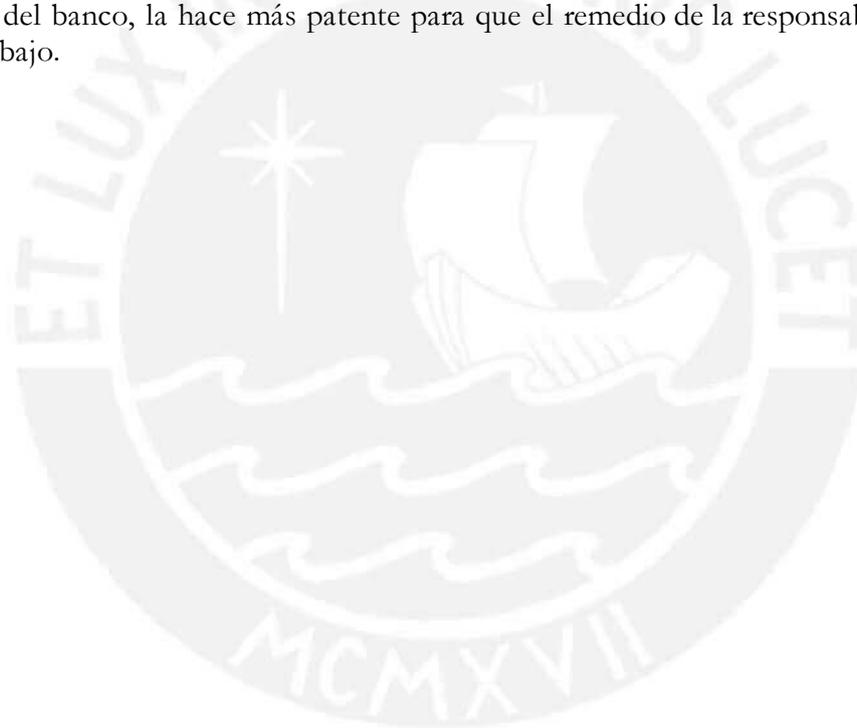
De la tutela de la confianza, de la vocación correctora del código y el favorecimiento a la realidad de la circunstancia de la relación de consumo, aquella que transparenta la coligación y la prevención de los riesgos, está compuesta esta tercera herramienta que nos permitirá establecer la responsabilidad de los bancos.

Terminaremos señalando como antes, que esta tercera forma de tutela apelando al valor de la confianza y la lealtad (ambas derivadas de la buena fe) en el sistema experto, como lo ha hecho la jurisprudencia argentina por ejemplo en varias de sus sentencias, puede también

prescindir de la dogmática de la figura de la coligación y de los riesgos bancarios, para sustentar de manera autónoma el caso contra el banco.

En ese sentido, no nos contradecemos cuando proponemos de manera autónoma las tres formas de tutela, cada una empleando o invocando la herramienta jurídica que mejor compatibilice con su funcionamiento; pero no podemos negar que las tres de manera conjunta, nos permitirán presentar nuestro caso, hasta donde hemos revisado inédito, con el inexorable peso que demanda la justicia contractual, fin de nuestra ciencia jurídica en estos tiempos de cambio.

La responsabilidad civil de los bancos está bien asentada principalmente en la diligencia profesional que implica gestionar los riesgos de su actividad. Pero también en la especial tutela que merece el consumidor en la relación asimétrica con ambos proveedores empresariales, uno de ellos (el banco), que forma parte del sistema experto en el que el consumidor confía. El carácter coligado de la *operación económica global* refuerza la presencia y el rol del banco en la relación trilateral de consumo y lo hace parte susceptible de ser responsable por los incumplimientos y daños al consumidor. La coligación transparenta la obligación del banco, la hace más patente para que el remedio de la responsabilidad civil haga su trabajo.



CONCLUSIONES

CAPITULO I

1. Si bien la operación económica de la adquisición financiada de un inmueble en planos se estructura a través de tres aparentes relaciones jurídicas autónomas: la primera entre el banco y el promotor inmobiliario por el préstamo que aquel otorga a éste para la edificación (préstamo promotor), la segunda, entre el vendedor (y a su vez promotor inmobiliario) con el comprador para la adquisición del bien, y la tercera, entre este último con el banco que financia la adquisición del bien (préstamo finalista); en realidad conforman todas ellas una sola relación jurídica trilateral, una *operación económica global*.
2. Entre el banco financista y el promotor inmobiliario, existe una unidad económica, una colaboración de mutuo beneficio que se revela a partir de que el banco que otorgó el préstamo promotor es el mismo que otorga los préstamos finalistas a los compradores de las unidades inmobiliarias, los cuales son desembolsados directamente al promotor inmobiliario, y se consolida en el hecho que el negocio del préstamo finalista se causaliza, pues la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura descrito en el contrato de compraventa, es decir, el contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, entre otros elementos objetivos que determina la coligación entre la adquisición y el préstamo.
3. La sociedad de consumo al contado ha dado paso a la sociedad de crédito al consumo. Por eso, la nueva estructura trilateral de la adquisición a crédito que desplazó al clásico esquema de comercialización bilateral de venta a plazos, está presente desde hace casi un siglo, y es aplicable también para la adquisición de la vivienda bajo la modalidad de compra en planos.
4. En vista a que el consumidor que suscribía el contrato de adquisición de un lado y el de financiamiento con un banco del otro, se encontraba, en comparación con el comprador de una venta a plazos, en una situación de desprotección que se manifestaba en la imposibilidad de utilizar la excepción de incumplimiento y la resolución del contrato, en caso de incumplimiento del vendedor; el Derecho europeo reaccionó a través de la jurisprudencia y la doctrina primero (desde hace más de medio siglo) y la legislación después (hace casi 30 años). Así, en el viejo continente (Art. 3.n de la Directiva 2008/48/CE), para que exista un “contrato de crédito vinculado” es necesario que: (1) el contrato en cuestión sirva exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios específicos; y (2) los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.
5. En nuestro país, pese a que tenemos un código en materia de protección al consumidor de reciente data, y compartimos con Europa el mismo paradigma de mercado con el mismo esquema trilateral de comercialización de bienes, no se ha

contemplado un adecuado y orgánico reconocimiento al consumidor a crédito. No obstante ello, la figura de la coligación negocial que posibilitó la respuesta del Derecho allá, debe estar en condiciones de hacer lo mismo acá.

CAPITULO II

1. Debido al escenario histórico en que se realizó su construcción dogmática, afianzamiento de la libertad del individuo frente al poder del Estado, el contrato moderno necesitaba de la relatividad de sus efectos. Sin embargo, las nociones de “partes” y “terceros” empleadas para construir esa relatividad, constituyen hoy recortes que no corresponden en la mayoría de los casos, a toda la realidad, y son precisamente los contratos coligados los que evidencian la existencia de intereses que trascienden sus marcos.
2. Cuando una operación económica es realizada por los privados necesariamente a través de una pluralidad de contratos estructuralmente autónomos pero conexos, en el sentido que los destinos de uno influyen el destino de los otros, se dice que estamos ante una *operación económica global*, la cual es el resultado del conjunto conformado por los diversos contratos coligados y es ella la que determina la relevancia de la *coligación concreta*, cuyo nexo vinculante puede ser reconocido: (i) por una manifestación de voluntad expresa o tácita de las partes (por el texto) o (ii) apreciado a partir de la concurrencia de indicios objetivos presentes en cada caso (por el contexto). Es esto último lo más usual y lo que se presenta en la operación económica estudiada, pues como hemos visto, los contratos de compraventa y de crédito (de adhesión ambos), no contemplan una vinculación expresa entre ellos que pudiera autorizar la propagación de sus efectos o comunicar sus vicisitudes. Todo lo contrario, cada uno de ellos se reconoce autónomo y se contempla más bien, en lo que respecta al banco, una exclusión de responsabilidad frente a las obligaciones del promotor inmobiliario.
3. Como la detección de la *coligación concreta* se convierte en un problema de interpretación, ésta debe ser resuelta por los jueces, echando mano de la idea moderna de la causa en concreto, la cual permitirá explicar y regular la complejidad objetiva de los actos de autonomía orientados a la obtención del resultado útil y unitario. En ese sentido, dadas las particularidades de los fenómenos de conexión, resulta imprescindible que en tanto ella no se regule, su apreciación esté en manos de los jueces, quienes deberían encontrarse en mejores condiciones de conocer la realidad en su conjunto y sus rasgos específicos. De modo que aun cuando no exista una conexión escrita, formal, la solución justa se efectivizará por este órgano de derecho público.
4. Para resolver el problema que supone la ajenidad del tercero, se llamará a las partes definidas conforme el criterio clásico del Código Civil, Partes contratantes, y a las que resultan por efecto de la interconexión existente entre los contratos, Partes asimiladas. En esta operación económica, el consumidor comprador será Parte contratante tanto en el contrato de adquisición del bien como en el contrato de préstamo finalista con el banco; mientras que éste y el promotor inmobiliario serán simultáneamente, por un lado, Partes contratantes y, por otro, Partes asimiladas

respecto del contrato que no han celebrado, pero cuyo cumplimiento condiciona, a su vez, el cumplimiento del contrato en el que son Partes contratantes.

5. El reconocimiento de la conexión o coligación contractual es una manifestación concreta de la visión estratégica de *repensamiento* del Derecho Civil, de esa estrategia eficiente del conocimiento del “conjunto de la realidad” a la que el derecho debe adaptarse.

CAPITULO III

1. El empresario es el que está en mejores condiciones de prevenir los daños y gestionar los riesgos generados en su actividad, asumirlos, asegurarlos y trasladarlos o incorporar la prima en sus precios, colectivizándolos de esta forma entre todos los clientes o consumidores.
2. La actividad financiera es una actividad profesional especializada, para cuyo ejercicio debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios, y obrar conforme a las reglas y procedimientos que le son aplicables (la *lex artis*). Ella forma parte de lo que se considera un “sistema experto”, en el que el consumidor, que desconoce los detalles de su funcionamiento porque se limita a realizar actos parciales de la cadena total de acciones que implica, confía y tiene la expectativa de que funcionará siempre bien. En este sentido, el sistema experto bancario crea una apariencia que genera confianza, de modo que ésta deber ser tutelada.
3. En nuestro país, la responsabilidad bancaria por los daños que se presentan en el desarrollo de su actividad, en tanto proveedora solo de *servicios* financieros y no de *productos* que pudieran ser prediados de defectuosos, es subjetiva, con lo cual le son aplicables las reglas del Código Civil. La diligencia exigible a estas entidades es la de un profesional experto que en función de su actividad, tiene que guardar la diligencia que comporta la gestión de sus riesgos.
4. Basilea II que consolidó el riesgo de crédito e instituyó el riesgo operacional, nos ofrece a los operadores del derecho la oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, utilizar los instrumentos de las otras ciencias sociales (la disciplina financiera, los riesgos de su actividad).
5. La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal que se incorpora al juicio de su diligencia profesional. No forma parte de una política de buenas prácticas de carácter voluntaria. Dicha obligación no debe ser ajena a los operadores del derecho, pues constituye una conducta típica exigida por la ley y exigible desde luego por el consumidor. La verificación de su incumplimiento o cumplimiento inadecuado, tiene la aptitud para fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo, sino como parte del juicio de su diligencia profesional, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco. En ese sentido, el juicio de responsabilidad civil de las entidades financieras debe tomar en cuenta su obligación de gestión de los riesgos de su actividad.

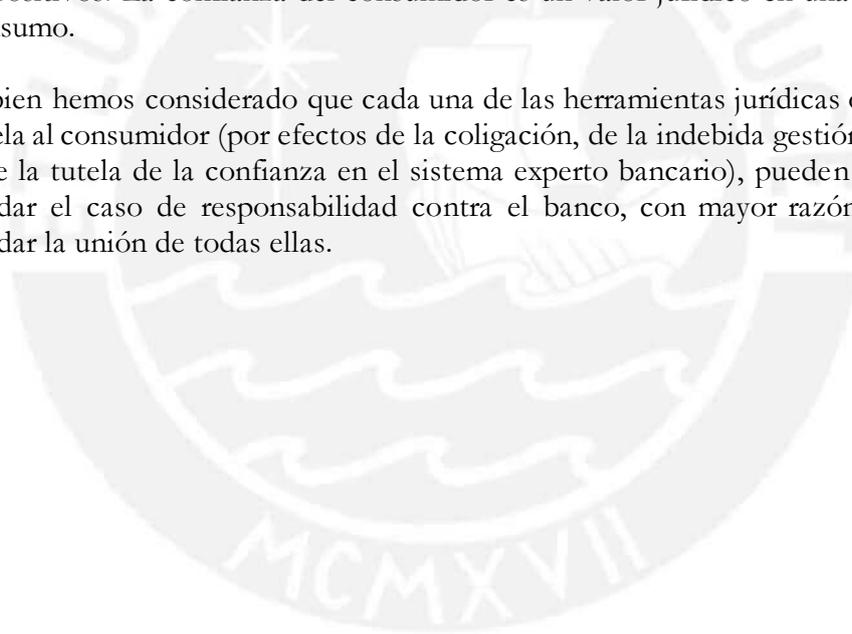
CAPITULO IV

1. En España la Ley 57/1968 ha permitido resolver algunos de los problemas tratados aquí, contemplando la obligación de un aval bancario para garantizar la devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador de la vivienda si la construcción no llega a iniciarse o si no concluye en el plazo previsto, o no llega a obtenerse la cédula de habitabilidad o la licencia de ocupación de la vivienda. Contempla también que en la entidad financiera que otorga el aval, se abra una cuenta especial a nombre del promotor donde se depositen los adelantos. Su jurisprudencia por su parte, ha extendido la protección de esta ley, considerando al banco responsable solidario aunque no fuese parte del contrato de compraventa y no haya entregado el referido aval, en razón a que era conocedor que los ingresos pagados por los compradores en la cuentas de las promotoras, eran para la compraventa de las viviendas, por lo que incurre en mala praxis bancaria, al no exigir al promotor la apertura de una cuenta especial que únicamente podría atender la construcción de las viviendas, máxime si era la única entidad que financiaba la promoción y se beneficiaba de dicho negocio inmobiliario.
2. En España hay un grupo de sentencias que sin afirmar expresamente que se trata de contratos vinculados fuera de la Ley 16/2011, Ley de Crédito al Consumo (LCC), sí consideran que ésta es aplicable, prescindiendo simplemente de su elemento de “exclusividad” y poniendo los reflectores más bien sobre la *colaboración planificada* entre proveedor y prestamista para la concreción de la operación. Hay además otro grupo de sentencias denominadas “jurisprudencia valiente”, que admiten directamente la existencia de contratos vinculados fuera de la LCC, que niegan su aplicación por no concurrir la exclusividad, no obstante lo cual declaran que los dos contratos están vinculados por existir una conexión funcional entre ellos.
3. En la jurisprudencia argentina, se ha reconocido en la mayoría de los casos, la responsabilidad civil de los bancos en la operación económica objeto de nuestro estudio, invocando la figura de la conexidad contractual, la realidad económica que subyace a las formas jurídicas, el preponderante rol del banco dada su condición de doble financiador y su carácter de profesional experto en su actividad a quien le es exigible una conducta diligente atento a los riesgos propios de ella y finalmente a la confianza depositada en él por el consumidor, digna de tutela en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de ese país.
4. Los contratos de préstamo promotor (predisuestos por los bancos), compra venta y préstamo finalista (predisuesto también por los bancos), que componen la *operación económico global* de compra financiada de inmueble en planos, se encuentran coligados en concreto; coligación establecida por el contexto, a partir de indicios objetivos que acreditan la colaboración funcional entre el proveedor (promotor inmobiliario) y el financiador (banco), conformando ambos desde la perspectiva del comprador consumidor, una unidad económica. En tal sentido, las vicisitudes de un contrato, en línea de principio, pueden extenderse a los otros.

5. Frente a los problemas detectados en esta operación, el consumidor adquirente puede plantear contra el banco financiador, los remedios de defensa de la resolución del contrato de préstamo finalista, la excepción de incumplimiento y la acción de resarcimiento, siempre y cuando se configure la entidad del *incumplimiento* del banco, en los dos primeros casos o le sea imputable los daños, en el último. Y es que, sin previsión legal o contractual que lo autorice, no puede ser un efecto automático de la coligación que el banco pierda el derecho de exigir el repago de las cuotas del préstamo que otorgó al consumidor. Si es el *incumplimiento* el centro del reproche del cumplidor, no puede aplicarse los dos primeros remedios a quien sí cumplió, a menos claro está, que se pueda probar un incumplimiento del banco a una obligación prevista en alguno de los contratos con la suficiente entidad para habilitar tales remedios, situación difícil de encontrar dado que es el banco el que predispone los contratos que son solo firmados por el promotor y los finalistas. Por eso, consideramos que el remedio idóneo, técnica y legalmente para establecer la responsabilidad del banco, es el resarcimiento de daños, acudir a las reglas de la responsabilidad civil y detectar en el juicio que corresponda en esta operación económica, libre de ropajes contractuales que la limitaban, si el banco es responsable total o parcial, por acción u omisión, de que se hayan generado los problemas descritos con daños al consumidor.
6. La falta de diligencia en la gestión de obtención de las licencias y la factibilidad de los servicios públicos, impericia en la inversión de la ejecución de la obra, falta de planificación adecuada de la misma, incumplimiento de los parámetros de la construcción eventualmente, uso inadecuado de los recursos obtenidos del banco y de los finalistas, etc.; si bien pertenecen *a priori* a la esfera de gestión del promotor inmobiliario, tales conductas pudieron ser prevenidas o gestionadas por el banco financiador (agente con más poder de control), en sus respectivos procedimientos de gestión de riesgos, sea en los atinentes a los de crédito u operacional.
7. Dada la carga obligacional que asume el promotor para la satisfacción de los intereses de las partes en esta *operación económica global*, el riesgo de su incumplimiento debe ser gestionado por el banco a través de una adecuada supervisión. Como hemos visto antes, dicha gestión de riesgos es una obligación legal del banco y no debe ser ajena a los operadores del derecho, constituye una conducta típica exigida por la ley y exigible desde luego por el consumidor a crédito en esta operación. Y es que el banco debe presupuestar en su gestión de riesgos, que si el promotor incumple con el pago de su deuda o la edificación adolece de retrasos o defectos, sus prestatarios finalistas tenderán a incumplir también sus cuotas de sus préstamos, y devenir todo ello en riesgo de crédito. En ese sentido, no sería diligente si solo entrega los recursos económicos a la operación y deja que el promotor los invierta con total discrecionalidad, porque éste puede realizar un uso inadecuado o indebido de ellos, afectando el recobro tanto del préstamo promotor como de los préstamos finalistas. Así las cosas, la vigilancia bancaria al promotor se consolida como una obligación que emana de la finalidad misma de la *operación económica global*. Ésta exige que el banco tenga procedimientos de gestión de riesgos de crédito y operacionales, acordes con su estructura y fines.
8. No satisface una repartición justa de los riesgos involucrados en esta *operación económica global*, el que sea solo el banco el que tenga garantizado el pago de su

acreencia con la hipoteca matriz y las promesas de hipotecas futuras. Esta asignación inadecuada de los riesgos tiene que ser corregida *ex post* por los jueces. De esta forma, el caso contra el banco puede fundarse en el incumplimiento de su obligación de gestionar los riesgos de su actividad, una obligación que orienta su diligencia profesional y que ahora debe ser apreciada teniendo en cuenta su posibilidad de actuación en la operación. Prestando atención a los riesgos de la actividad bancaria podemos encontrar y de hecho en este caso encontramos, motivos fundados para establecer su responsabilidad.

9. El servicio bancario, como hemos desarrollado antes, está a cargo de un proveedor experto, una empresa que conoce su negocio y proyecta en el consumidor adquirente a crédito, una confianza de que la operación en la que participa se llevará acabo correctamente. El comprador confía en el banco que financia el proyecto inmobiliario, le resulta a éste más económico vigilar al promotor que a cada uno de los finalistas, finalistas con quien el mismo banco contrata, dando por tanto una doble sensación de seguridad de que todo irá bien. Y es que si el banco presta al promotor y presta al consumidor, el banco respalda la operación. Su marca está en el cartel del proyecto, éste debe ser serio y todo andará bien. Así, la confianza merece tutela. Nuestro Código de Consumo sustenta esa tutela en varios de sus dispositivos. La confianza del consumidor es un valor jurídico en una relación de consumo.
10. Si bien hemos considerado que cada una de las herramientas jurídicas o formas de tutela al consumidor (por efectos de la coligación, de la indebida gestión de riesgos y de la tutela de la confianza en el sistema experto bancario), pueden por sí solas fundar el caso de responsabilidad contra el banco, con mayor razón la pueden fundar la unión de todas ellas.



BIBLIOGRAFIA

ABELEDOS PERROT N°: AR/JUR/6673/2007
ABELEDOS PERROT N°: 1/70064995-7
ABELEDOS PERROT N°: 1/70044262-1
ABELEDOS PERROT N°: 1/70047305-1
ABELEDOS PERROT N°: AR/JUR/105397/2013

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
BOE. Consulta: 29.09.15
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1968-909

ALPA, Guido

2004 *Derecho del consumidor*. Traducción a cura de Juan Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.
2001 *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*. Traducción a cura de Juan Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.

ALVAREZ MARTINES, Georgina

2008 *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, Tesis Doctoral. La Coruña: Universidad de la Coruña.

ALVERGARIA COSTA, María.

2006 *As instituoes financeiras e a sua efetiva responsabilidade na ordem socioeconómico*. Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Nova Lima. Facultad de Derecho Milton Campos.

ANAYA SAADE, Celina.

2012 “Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”. *Revista Mercatoria*. Universidad Externado de Colombia. Volumen 11, N° 1.

ANELLI, Franco

2003 “La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento de crédito”. En: *Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia*. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

AÑEZ, Manfredo

2016 Riesgo Crediticio. Consulta: 15 de setiembre de 2016.
<https://www.monografias.com/trabajos-pdf/riesgo-credicio/riesgo-credicio.pdf>.

ARAMBURO CALLE, Maximiliano.

2008 “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 38, N° 108.

BAENA CÁRDENAS, Luis.

2013 *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BANCO DE CREDITO DEL PERÚ

Crédito a la construcción. BCP. Consulta: 07 de setiembre de 2016

<https://www.viabcp.com/wps/portal/viabcpp/empresas/que-necesitas/soluciones-financiamiento/empresas-contenido/>

BBVA

2011 *Riesgos en el sector promotor e inmobiliario en España*. BBVA: Consulta 14 de setiembre de 2016

<http://accionistaseinversores.bbva.com/TLBB/micros/informes2011/es/Cuentas anualesconsolidadas/ANEXOXRiesgosconelsectormapromotoreinmobiliarioenEspa%C3%B1a.html>

BBVA CONTINENTAL

Línea de Financiamiento Promotor. BBVA. Consulta: 07 de setiembre de 2016

<https://www.bbvacontinental.pe/empresas/financiacion-y-cobertura-de-riesgo/financiacion/linea-de-financiamiento-promotor/>

BECK, Ulrich,

1998 *La Sociedad de los Riesgos: Hacia una nueva Modernidad*. Traducción de Jorge Navarro. Barcelona: Paidós.

BELTRAN PACHECO, Jorge y Marco TORRES MALDONADO.

2013 “La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria. ¿Y qué pasó al bien? A propósito del do ut des”. En: *Los Contratos: Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*, Lima: Gaceta Jurídica.

BERGEL, Salvador y PAOLANTONIO, Martín

1999 “Responsabilidad civil de las entidades financieras en las operaciones de crédito de consumo”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. N° 18.

BIAGOSCH, Zenón.

2007 “El camino hacia Basilea II”. En: *Riesgo Operacional CEO Argentina*.

http://www.riesgooperacional.com/docs/14%20%20CEO_RiesgoOperacional02.pdf

BOATRIGHT, Jhon.

2011 “La ética de la gestión de riesgos: una perspectiva poscrisis”. En: *Valores y Ética para el siglo XXI*. BBVA.

https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2013/.../valores_y_etica_esp.pdf

BULLARD GONZALES, Alfredo

2010 “Mesa Redonda de Protección al Consumidor: ¿Para qué tener un código?”. *Derecho y Sociedad*, Lima, N° 34, Año XXI.

2003 *Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.

CABRILLAC, Remy

2016 “La reforma del derecho francés de los contratos”. *Actualidad Civil*, Lima, N° 21.

CALERO MONEREO, Gustavo

2013 “Importante sentencia para compradores de viviendas sin aval bancario no finalizadas por la promotora”. *Legal Today*. 27 de agosto de 2013. Consulta: 29 de setiembre de 2015.

http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/inmobiliario_y_construccion/importante-sentencia-para-compradores-de-viviendas-sin-aval-bancario-no-finalizadas-por-la-promotora

CATALAN, Marcos y RAHDE GERCHMANN, Suzana.

2014 “Un contrato: Doscientos años de historicidad”. *Ius Et Veritas*. Lima, N° 49.

CINCO DIAS

2015 Nuevas exigencias para dar crédito a promotores y familias. *Cinco Días*. 07 de abril de 2015. Consulta: 14 de setiembre de 2015

http://cincodias.com/cincodias/2015/04/06/economia/1428333429_803590.html

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

1999 *Los contratos conexos. En la filosofía del derecho y el derecho internacional privado*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

COLEMAN, Jules.

2010 *Riesgos y daños*, Madrid: Marcial Pons.

D'AMICO, Giovanni

2015 *Contribución a la Teoría de la Responsabilidad Contractual*. Lima: Legales Instituto.

DE CASTRO, María

2013 “Los bancos y su responsabilidad en los desastres sobre plano XII”. *Legal Today*. 01 de julio de 2013. Consulta: 25 de setiembre de 2013.

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/los-bancos-y-su-responsabilidad-en-los-desastres-sobre-plano-xii>.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.

2007 *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, Lima: Palestra, T. I.

DE TRAZEGNIES, Fernando

2015 “Responsabilidad por Riesgo”. En: *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Lima: Instituto Pacífico, Volumen II.

1991 “El Derecho Civil ante la Post-Modernidad”, *Derecho*. Lima, N° 45.

DI CHIAZZA, Iván G.

2014 *Presentación de: Conexidad Contractual, Consumidor y Responsabilidad Civil*. Correo electrónico del 09 de octubre a José Campos Bermúdez.

2013 “La conexidad contractual en el Proyecto de Código”, *LA LEY*, 2013-B, 897, Thomson. Online: AR/DOC/748/2013

DIEZ-PICASO Y PONCE DE LEON, Luis.

2004 “Contrato y libertad contractual” *Themis-Revista de Derecho*. Lima: PUCP, N° 49, Segunda Época.

EL COMERCIO

2015 “Las utilidades de los bancos crecieron 35% hasta setiembre”. *El Comercio*. Lima, 17 de noviembre de 2015. Consulta: 18 de noviembre de 2015.
http://elcomercio.pe/economia/negocios/utilidades-bancos-crecieron-35-hasta-setiembre-noticia-1856840?ref=portada_home

ESCUIN IBÁÑEZ, Irene

2002 *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*. Granada: Comares.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2012 *Derecho de los consumidores*. Segunda Edición. Lima: Editorial Rodhas.

2008 *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica

2007 *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Quinta Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

2001 “El rol actual de la culpa y del riesgo en la responsabilidad civil: ¿Entre Escila y Caribdis?”. *Themis- Revista de Derecho*. Lima: PUCP, N° 42, Segunda Época.

FAVALE, Rocco

2015 “La responsabilidad profesional del abogado en Italia”. *Actualidad Civil*, Lima: Instituto Pacífico, N° 18.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón

2005 “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de sisifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)”. *Themis- Revista de Derecho*, Lima: PUCP, N° 50, Segunda Época.

2004 “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias”. En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en Memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Lima: Grijley.

1997 “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”. En: *Derecho Civil Patrimonial*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán

2010 *Derecho del Mercado Financiero*. Lima: Grijley, Volumen I.

FRANZONI, Massimo

2009 “La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones”. En: *Responsabilidad Civil Contemporánea*, Lima: Ara Editores.

2014 “El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia”. *Ius Et Veritas*. Lima: PUCP N° 48.

FRUSTAGLI, Sandra Analía

1996 “Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial”.

www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1019/929. 1996

GABRIELLI, Enrico

2013 *Teoría General del Contrato*. Traducción, revisión y notas de Rómulo Morales Hervias y Walter Vásquez Rebaza. Lima: Jurista Editores.

2012 “La operación económica en la teoría general del contrato”. *Ius Et Veritas*, Lima: PUCP, N° 44.

GAVIDIA SANCHEZ, Julio

1996 *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GERSCOVICH, Carlos Gustavo y otros

2003 “Marcos del derecho bancario y financiero”. En: *Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia*. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

GESTION

2014 “BCP. ‘Nuestra principal competencia no es otro banco, sino el dinero en efectivo’”. *Gestión*. Lima, 09 de abril de 2014. Consulta: 28 de diciembre de 2015.
<http://gestion.pe/empresas/walter-bayly-gerente-general-bcp-nuestra-principal->

GHERSI, Carlos.

1995 *Responsabilidad Profesional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

GIDDENS, Anthony.

1994 *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza.

GONZALES BRICEÑO, Álvaro

2000 “Responsabilidad civil y administrativa por el ejercicio de la función de intermediación financiera”. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, N° 24

GRONDONA, Mauro.

2011 “Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*. Traducción del Italiano de Pablo Moreno Cruz, N° 20.

HARO SEIJAS, José Juan

2004 “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”. *Themis- Revista de Derecho*. Lima: PUCP, N° 49.

JIMENEZ RODRIGUEZ, Enrique y José MARTÍN MARTÍN.

2005 “El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional”, *Universia Business Review*.

JUAN GOMEZ, Mateo,

2015 “Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 753.

- JOSSERAND, Louis.
1950 *Derecho Civil*, Buenos Aires: Bosch, Tomo II, V. I.
- KAUFMANN, Arthur.
2005 *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externada de Colombia.
- LEON HILARIO, Leysser
2007 *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima: El Jurista Editores, 2ª. ed. corregida y aumentada.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier
2013 “Os contratos coligados”. En: Brandelli Leonardo. *Estudios em homenagem a Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus.
- LOPEZ CASTRO, Yira
2014 “Derecho del Consumo en materia de vivienda. Desafíos para el Derecho Contractual desde la Jurisprudencia Constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, N° 54.
- LOPEZ FRIAS, Ana
1994 *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Boch.
- LORENZETTI, Ricardo
2003 *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
2001a *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*. Lima: Palestra.
2001b “La responsabilidad extracontractual en el campo del derecho del consumidor, extracto de Roma e América”. En: *Diritto Romano Comune*, II/2001.
2000 “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”. *Revista de Direito do Consumidor*, Sao Pablo, N° 350, Revista dos Tribunais.
- MANRIQUE NIETO, Carlos
2007 “La moderna concepción de la Buena Fe Objetiva como regla universal para los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, N° 38.
- MARIN LOPEZ, Manuel
2010 *Crédito al Consumo y contratos vinculados. Estudio Jurisprudencial*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- MARIÑO LOPEZ, Andrés.
2004 *Responsabilidad por utilización indebida de Tarjetas de Crédito*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- MÁRQUEZ, Fernando.
2007 “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquín.

2009 *La responsabilidad civil del Abogado, del Procurador y de sus sociedades profesionales*, Barcelona: Bosch Editor.

MARTINEZ MEDRANO, Gabriel.

2005 “Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea”, *Revista de Derecho Informático*, Alfa-Redi. N° 80.

MASCAREÑAS, Juan.

2010 *Introducción al Riesgo en la Empresa*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André.

1963 *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I. Vol. I.

MERINO ACUÑA, Roger

2016 *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra.

MESSINA DE ESTRELLA, Graciela

2004 *Riesgos de empresa. Responsabilidad Civil del Empresario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MORALES HERVIAS, Rómulo

2006 “Contratos coligados”. En: *Estudios sobre la teoría general del contrato*, Lima: Griley.

2003 “Interpretación finalista, Comentarios al artículo 170 c.c.”, en: *Código Civil Comentado, Tomo I, Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico*, Lima: Gaceta Jurídica.

2002 “Contribución a la teoría de los contratos conexos”. *Derecho y Sociedad*, Lima: Año XIII, N° 19.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

2006 *Responsabilidad por daños. Responsabilidad de los Profesionales*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, T. VIII.

1999 *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

1991 *La frustración del fin del contrato*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

MONATERI, Pier Giuseppe

2004 “Reformulando la noción de Contrato: Hacia una visión antagónica del Contrato”, *Themis*, Lima, Año 49.

MUÑO, Orlando.

2011 “Actividad bancaria y derecho del consumidor”, *Revista In Iure*, La Rioja, Año 1, Vol. 2.

NOTICIAS JURIDICAS

2014 “El aval por las cantidades a cuenta entregadas por el comprador es automáticamente exigible al banco en caso de incumplimiento del plazo de entrega pactado”. *Noticias Jurídicas*. Consulta: 29 de setiembre de 2015.

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3893-el-aval-por-las-cantidades-a-cuenta-entregadas-por-el-comprador-es-automaticamente-exigible-al-banco-en-caso-de-incumplimiento-del-plazo-de-entrega-pactado/>

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo

2014 *Abuso de Derecho. En Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Lima: Legales Ediciones.

REIFNER, Udo

2003 “Principios de protección al consumidor en los servicios financieros”. En *En: Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia*. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

ROCA GUILLAMÓN, Juan.

1985 *Codificación y crisis del Derecho Civil*. Universidad de Murcia. Murcia. 1985.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio.

2005 *Negocios Fiduciarios: su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.

RODRIGUEZ Norberto y Claudio Corbetta

2007 “La administración del riesgo operacional. Más allá del requerimiento regulatorio”, CEO Argentina. Responsabilidad Social Corporativa. Año 3. Edición Especial.

RODRIGUEZ ZARATE, Alejandro.

2014 “Análisis Económico de la Responsabilidad bancaria frente los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional”, *Vniversitas* N° 128.

ROPPO, Vincenzo.

2009 *El contrato*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

SCHIESARO, Diego Angelo

2016 “El contrato asimétrico”, traducción de Ricardo Geldres, *Actualidad Civil*, Lima, N° 22.

TENAS ALOS, Miguel Ángel.

2013 “Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 747.

TITO AÑAMURO, Jhon Albert

2009 *El nexo jurídico en los contratos vinculados de consumo*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

THOMSON REUTERS

2013 “Sentencia T.S. 25/2013 (Sala 1) de 5 de febrero. Compraventa de viviendas. Avaes”. Obligación de entrega. *Asesoría y Empresa*. Consulta: 29 de setiembre de 2015.

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/193747/sentencia-ts-25-2013-sala-1-de-5-de-febrero-compraventa-de-viviendas-avaes-obligacion-de-en>

VASQUEZ REBAZA, Walter

2012 *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una construcción teórica de la coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*. Tesis para obtener el grado de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

2011 “Los Financiamientos Trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo y la Teoría de la Coligación Contractual”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima. Año 5 N° 10, Parte 2.

VODANOVIC RONQUILLO, Ljubica.

2012 “Una visión global de la regulación financiera y una propuesta interesante: el caso de Inglaterra”. En: *Ius Et Veritas* N° 44.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka.

2002 *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Lima: Ara Editores.

ZUNZUNEGUI, Fernando

2013 “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid.

