

Los contratos bancarios en Venezuela - ¿Existe y se respeta la autonomía de la voluntad?

Mariana Civitillo H.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 227-251

Resumen: El presente trabajo hace referencia a una serie de consideraciones cuyo objetivo principal es esgrimir la afectación de la autonomía de la voluntad por parte de la regulación Estatal en la contratación bancaria venezolana, determinando la naturaleza originaria del mismo y sus limitaciones actuales.

Palabras clave: Contratos Bancarios. Situación actual. Contrataciones.

Banking contracts in Venezuela - Does the autonomy of will exist and is respected?

Abstract: *This paper refers to a series of considerations whose main objective is to argue the affectation of the autonomy of the will by the State regulation in Venezuelan banking contracting, determining its original nature and its current limitations.*

Keywords: *Banking Contracts. Current situation. Contracts.*

Recibido: 8/5/2024
Aprobado: 29/5/2024

* Abogada Mención *Cum Laude* (Universidad Central de Venezuela). con Diplomado en Derecho Mercantil del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF), Diplomado en el régimen legal de divorcio en Venezuela del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF). Abogado Junior en LEGA Abogados Área Corporativo- Sociedades. Estudiante de la Especialización en Derecho Mercantil. correo electrónico: marianacivitillo1@gmail.com

Los contratos bancarios en Venezuela - ¿Existe y se respeta la autonomía de la voluntad?

Mariana Civitillo H.*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 227-251

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *I. Contratos Bancarios. 1. Antecedentes Históricos. 2. Algunas Teorías Sobre el Contrato. 3. Noción de Contrato y contrato bancario. 4. ¿Regulación o intervencionismo en la contratación con la banca? ¿Cómo es su regulación?* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La constante necesidad de contratar con la banca y la difusa uniformidad en las reglas de contratación bancaria, la creciente trasgresión y limitación a la autonomía de la voluntad y libertad en el contrato bancario, con la proliferación de aquellos en los que su contenido obligacional ha sido unilateralmente establecido por el banco, quien a su vez ha sido tutelado por los órganos del Estado como supervisores de la actividad bancaria, quedando la voluntad del oferente de los servicios financieros sometida al imperio del Estado.

Produce el confinamiento de la discrecionalidad del cliente bancario o contratante del servicio financiero para plantear sus condiciones, lo que repercute en la resignada aceptación o el rechazo del mismo.

Aunado a la disgregación normativa aplicable a los contratos bancarios actuales, haciendo difuso la elección más idónea para ser aplicado a la contratación bancaria debido al exceso de regulación up supra señalado.

La abundancia regulatoria, contenida tanto en leyes especiales para la materia como en otras que, si bien no están dirigidas del todo a regir la actividad bancaria, se han venido involucrando como instrumento complementario, forman parte de la problemática a abordar.

* Abogada Mención *Cum Laude* (Universidad Central de Venezuela). con Diplomado en Derecho Mercantil del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF), Diplomado en el régimen legal de divorcio en Venezuela del Centro de Estudios de Derecho, Administración y Finanzas (CEDAF). Abogado Junior en LEGA Abogados Área Corporativo- Sociedades. Estudiante de la Especialización en Derecho Mercantil. correo electrónico: marianacivitillo1@gmail.com

I. Contratos Bancarios

1. Antecedentes Históricos

*Contractus*¹- proviene del latín *pacto*.

Desde que se formaron las civilizaciones los humanos han creado mecanismos para regular las relaciones comerciales en las que por la naturaleza misma de la vida se han visto involucrados, el contrato es un ejemplo de ello, creado para comprometer y obligar a cumplir los compromisos contraídos a las partes involucradas, es por ello que la evolución en los fundamentos que justifican su obligatoriedad son tan relevantes, pues si estos cambian, también lo hace la institución misma del contrato.

En Grecia, Aristóteles justificó la obligatoriedad del contrato sobre la base de lo que él denominó “*justicia correctiva*”, que tenía lugar en los tratos mutuos entre individuos. Sostuvo que la justicia sustantiva exigía una equivalencia objetiva de los bienes intercambiados, de modo que lo justo implicaba la igualdad aritmética de lo intercambiado². Así, el contrato obligaba porque era justo, lo que significaba la equivalencia, determinada mediante el valor de los bienes intercambiados³. La visión aristotélica se fundamentaba en la noción de justicia sustantiva, justificando en ella la obligatoriedad de los contratos, así luego de cada interacción entre individuos, ambos debían quedar en igual posición que aquella que tenían antes de dicha interacción.

En este sentido, se puede afirmar que la noción del contrato basada en la justicia sustantiva de Aristóteles también es concebible en el Derecho romano, a pesar de que el Derecho romano no haya conocido de una teoría general del contrato, existe, tanto en la época clásica como posclásica, la elaboración de conceptos fundamentales vinculados a la noción de contrato, tales como convenio, *syllanagma*, declaración de voluntad (aunque sin el alcance que tiene hoy) y la misma denominación de contrato, y aunque no se halla conocido ni elaborado una teoría sistemática sobre la institución, las discusiones y definiciones de los juristas y comentaristas son aún vigentes, encontrándose en ellas los antecedentes de la teoría general del contrato⁴.

¹ Diccionario panhispánico del español jurídico, 2023. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

² (Aristóteles, 1988, pp. 245 y ss.) Aristóteles asume que los bienes dados en intercambio tienen un valor intrínseco. El autor afirma que “[s]i, pues, existe en primer lugar la igualdad proporcional, y después se produce la reciprocidad, se tendrá el resultado dicho. Si no, no habrá igualdad y el acuerdo no será posible (...)” (Aristóteles, 1988, p. 249)

³ La forma del autor para establecer y determinar la igualdad en las cosas intercambiadas se posibilita mediante la introducción de la moneda “que es de algún modo, algo intermedio, porque todo lo mide, de suerte que mide también el exceso y el defecto (...)” (Aristóteles, 1988, p. 249).

⁴ Esborraz, 2008, pp. 237–283; Guzmán Brito, 2006, pp. 73–134

La doctrina es pacífica en afirmar que ni los clásicos ni los postclásicos intentaron construir un esquema lógico de denominaciones y conceptos como los que conocemos hoy, es por ello que cierta parte ha señalado que sería inútil recurrir al Derecho romano en búsqueda de respuestas para dilucidar este concepto⁵. Sin embargo, disentimos de esta postura, pues es en el Derecho romano donde encontramos antecedentes muy antiguos y directos del contrato como institución, aun cuando no exista una teoría sistemática de esta institución⁶. La aproximación a los comentarios de los juristas de la época de formación del sistema de Derecho romano nos permite un acercamiento a las ideas que sirvieron de sustrato para la elaboración del Derecho de Contratos moderno⁷ pues eran entendidos como un medio para recoger la manifestación de las partes involucradas, lo que generaba una obligación recíproca.

En este sentido, llegó a nosotros por intermediación de Ulpiano (D. 2,1,1,3) la opinión de Sexto Pedio (S. I y II), la que habría sido: “no hay ningún contrato que produzca (por su naturaleza) obligaciones, que no contengan en sí una convención, es decir, un acuerdo”. Posteriormente tanto Gayo⁸ (siglo II d.C.) como Ulpiano⁹ (siglo III d.C.) tomarían como base esta formulación para plantear sus opiniones.

A Gayo se le atribuye la formulación del consentimiento como elemento aglutinador del contrato, es decir, para Gayo el consentimiento o por lo menos la intención de obligarse es un elemento común de todos los contratos. Así, en su obra: *Res cottidianae* corrige su primera clasificación de las obligaciones (“*toda obligación nace o de contrato o de delito Gai. 3, 88*”), al agregar una tercera subcategoría, en la cual ubicó a los actos ilícitos en los que falta la culpabilidad y los lícitos en los que estaba ausente el consentimiento, atribuyendo, por tanto, un carácter esencial al acuerdo de voluntades en el contrato. Por otro lado, Ulpiano desarrolló una noción general de las convenciones, en la que el contrato formaba una subparte de ésta. Lo que hizo Ulpiano fue expandir la afirmación de Sexto Pedio (*la conventio es un acto subjetivamente bilateral obligante*) a dos subgéneros: (i) la del contrato integrada por figuras típicas y por los negocios sinalagmáticos atípicos que otorgan acción y, (ii) la del pacto, integrada por figuras atípicas no sinalagmáticas que solo reconocen una excepción.

En el devenir de los siglos esto fue mutando y es Teófilo (s. VI d.C.) quien participó en la Codificación de Justiniano, quien realizó una interpretación sintetizadora de todo el material conservado de la institución del contrato. Así, en su Paráfrasis a las

⁵ Ossorio y Morales, 1965, p. 1072

⁶ Esborraz, 2008, p. 240; Guzmán Brito, 2006, p. 119; López Santa María, 1985, p. 127

⁷ Grosso, 2006, pp. 1–16

⁸ D. 44,1,7 pr.; D. 44, 7,5 (Esborraz, 2008, p. 246).

⁹ Esborraz, 2008, pp. 246–247

Instituciones de Justiniano, definió contrato como “...*el acuerdo y el consentimiento de dos o más sobre la misma cosa (sobre el mismo conjunto de intereses), dirigido a crear una obligación, y a quedar el uno obligado hacia el otro.*”¹⁰ Sin embargo, ninguno de los comentaristas asentó a partir del consentimiento su postura sobre el contrato, es decir, el consentimiento en la época de formación del Sistema de derecho romano nunca fue el único elemento caracterizador de la institución. Asimismo, es en la recopilación de Justiniano publicada en el año 529 bajo el nombre de Codex Justinianus¹¹, cuando al referirse al *negotium contractum* se le dio el contenido jurídico a la noción de contrato que en esencia se conoce hasta nuestros días, sin embargo, a lo largo de la historia este fue mutando pasando de requerir elementos formalistas y solemnes para su validez, evolucionando gradualmente hacia el consensualismo.

Así, Labeón en el siglo I a.C. elaboró por primera vez una categoría general de contrato, en la cual incluía todos los negocios fundados en la buena fe (típicos o atípicos), que obligaran recíprocamente a las partes (*synallagma*)¹². En esta categorización se establecía una bilateralidad objetiva del efecto obligatorio del contrato, o sea sobre el nexo sinalagmático entre las diversas obligaciones. Así, en esta concepción del contrato se habría producido un doble efecto, Por un lado, descompuso los modos de contraer obligaciones de Quinto Mucio Escévola, contraponiendo el contrato a los otros actos que hacen nacer obligaciones a cargo de una de las partes. Por otro lado, abrió la categoría contractual a los negocios atípicos sinalagmáticos, esto es, a todas las convenciones que no estaban dentro del género de los contratos consensuales del *ius Gentium*, siempre que hicieran nacer obligaciones recíprocas. Esto fue un enorme paso que permitió solucionar los problemas producidos por la creciente actividad negocial, que creó la necesidad de reconocer tutela jurídica a nuevas figuras negociales creadas a partir del acuerdo de las partes, estableciendo que las obligaciones correlativas no tienen su fundamento en el consentimiento, sino en la estructura objetiva de la relación¹³

En el siglo XIII, Tomas de Aquino, retomó la noción de justicia sustantiva para justificar la obligatoriedad del contrato bajo la influencia de la teología y filosofía cristiana¹⁴ conectando conceptualmente las buenas acciones con el origen divino de las fuentes de normatividad. Es decir, tanto las reglas morales como las jurídicas se justifican, en última instancia, por su derivación racional de las normas cuya fuente radica en Dios. En este sentido señaló en referencia a el fraude en las compraventas, que el

¹⁰ Esborraz, 2008, p. 247

¹¹ Esquivel Obregón, T., op. Cit.p.114

¹² Esborraz, 2008, p. 242

¹³ (Astuti, 1962), traducido por (López Santa María, 1985, p. 127).

¹⁴ Pereira Fredes, 2014, pp. 83–84

contrato debía establecerse con base en la igualdad de objeto, siendo la medida de las cosas útiles al hombre indicada por el precio, para lo cual se inventó la moneda. Así, si el precio excedía el valor del objeto, se sobrepasaba la igualdad propia de la justicia¹⁵

Con el devenir de los siglos, una segunda corriente doctrinal, desarrolló la justificación romana de la obligatoriedad del contrato en el principio de la autonomía de la voluntad, desestimando que el valor de las cosas sea intrínseco y objetivamente medible. Así, paralelamente a las corrientes apegadas a la tipicidad¹⁶, se desarrolló una vertiente consensualista resaltando el elemento subjetivo como factor común de la institución contractual. Esta corriente definió el contrato como un convenio, esto es, un “*acuerdo obligante*” y no un “*acto obligante*”, como era planteado por Labeón.

En la edad moderna, en la corriente del Derecho natural, fue Hugo Grocio quien en su obra *De iure bello a.C pacis* fundó todo su sistema en la necesidad de cumplir las propias promesas. Aparece por tanto el contrato como categoría donde el pilar básico es la simple voluntad de obligarse. Estas ideas se mostraron en conjunción con el pensamiento individualista y revolucionario de todos los juristas que influyeron en la redacción del Código de Napoleón (1804), como Domat o Pothier. Hay que recordar que en esta época el contrato era una institución tan valorada, que incluso se situaba en el fundamento constitutivo de la sociedad política (el contrato social) o se hablaba del matrimonio como contrato matrimonial. Fruto de todas estas influencias, el artículo 1134 del Código de Napoleón prevé que: “las convenciones formuladas conforme a las exigencias de la legalidad adquieren fuerza de ley entre las partes”.¹⁷ Este artículo supone una definición de la moderna categoría del contrato, además de ser conveniente para los revolucionarios franceses de la época ya que rompía con los obstáculos para la contratación del antiguo régimen francés, favorecía a la clase que ascendía al poder y *la dinámica del desarrollo industrial*.

En la década pasada, el profesor norteamericano Charles Fried desarrolla la idea de obligación moral de la promesa para explicar la obligatoriedad del contrato; explica que el fundamento obligatorio del contrato radicaría en el dogma de la voluntad, con énfasis en la idea de confianza¹⁸ que se genera en la contraparte, de que se cumplirán las promesas establecidas de manera libre y voluntaria. El dogma de la voluntad asume

¹⁵ Aquino, 1998, p. 233

¹⁶ Esborraz, 2008, p. 245

¹⁷ Enciclopedia Microsoft Encarta 2000, Disco 1.

¹⁸ Pereira Fredes, 2014, p. 91

como presupuesto la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. En este contexto, el contrato se presenta como el mejor medio de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de los contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, siendo un arreglo “entre iguales”¹⁹

Siguiendo a este autor, la obligatoriedad del contrato se fundaría en el contenido moral del deber de su cumplimiento que entiende a la promesa como un instrumento generado por agentes morales libres, y cuya fuerza se sustenta en la confianza mutuamente depositada.²⁰ En este contexto, el dogma de la voluntad asume como presupuesto la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato se presenta como el mejor medio de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de los contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, siendo un arreglo “entre iguales”²¹

2. Algunas Teorías sobre el Contrato

Existen fundamentos a la obligatoriedad del contrato que buscan entender y justificar esta institución como un medio para la satisfacción del bienestar individual o social.²²

2.1. Teoría liberal: Anthony Kronman sostiene que la idea de acuerdos voluntarios, fundamento central de la teoría liberal de la justicia en el intercambio, no puede ser entendida sino bajo un concepto de justicia distributiva.²³ Este autor radica su hipótesis en el requisito de la voluntariedad, siendo uno de los aspectos centrales del derecho de los contratos que dos o más personas hayan celebrado voluntariamente un acuerdo. Luego, asume la premisa de que cualquier intercambio supone que una de las partes tome una ventaja respecto del otro.

Para saber cuándo la *advantagetaking* es permitida, el autor recurre al principio de la justicia distributiva, introduciendo el principio de *paretianismo*, que indica que está permitido aprovecharse de otro en una interacción contractual, sólo si hacerlo beneficia a la parte desaventajada o “explotada” en el largo plazo. Sin embargo, por razones prácticas, el autor agrega que el principio exige solamente que el bienestar de la comunidad que se ve perjudicada en un caso particular se vea incrementado en el futuro.²⁴ Para Kronman, esta formulación del princi-

¹⁹ López Santa María, 2005, p. 49

²⁰ Pereira Fredes, 2014, p. 91

²¹ López Santa María, 2005, p. 49

²² Benson, 2010, p. 50

²³ Kronman, 1980, p. 474

²⁴ Benson, 2010, p. 52

pio *paretiano* respeta tanto la característica individualista como la igualitaria del principio de la libertad, ya que, según esta formulación, todas y cada una de las personas tienen el mismo derecho a que no se reduzca su bienestar con el único propósito de que aumente el de otro.²⁵

Una de las críticas que se ha formulado contra esta postura, radica en que el principio *paretiano* exige revisar más allá de la interacción inmediata entre las partes de un contrato determinado, pues la validez del contrato no va a depender de la interacción entre las partes propiamente, sino que se debe revisar la situación de las partes desaventajadas en toda una serie de transacciones posteriores. Lo anterior resulta de gran dificultad para la toma de decisiones por un tribunal, ya que es difícil realizar un análisis certero del futuro.²⁶

2.2. Teoría law & economics: es aquella que aplica métodos empíricos de la economía a las instituciones centrales del sistema legal, incluyendo diversas instituciones, entre las que podemos mencionar al contrato, la propiedad, la negligencia, el procedimiento civil, penal y administrativo, etc.²⁷

Una corriente de esta teoría indica que el contrato es una herramienta que permite promover e incentivar la cooperación mutua entre los individuos, lo que es deseable en términos de eficiencia; así la obligatoriedad del contrato estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos.²⁸ Según esta teoría los contratos valen porque son una herramienta de maximización de la utilidad social, estableciendo como fundamento del contrato el “obtener el compromiso óptimo de cumplir”²⁹ y “la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes”³⁰ no siendo necesario el cumplimiento absoluto de todos los contratos, sino que respaldándolo en caso de que aumente la utilidad social.³¹

2.3. Teoría General del Contrato: Se puede observar que la teoría general del contrato es aplicable en todas las áreas del derecho, debido a que la regulación legal del contrato es de aspecto permanente y se ha ido perfeccionando a lo largo de los años, la importancia de dicha teoría es reconocida por la mayoría

²⁵ Kronman, 1980, p. 488

²⁶ Benson, 2010, p. 54

²⁷ Posner, 1975, p. 759

²⁸ Cooter & Ulen, 1999, p. 238

²⁹ Cooter & Ulen, 1999, p. 243

³⁰ Cooter & Ulen, 1999, p. 260

³¹ Pereira Fredes, 2014, p. 98

de los autores pues da un conocimiento general de los principios e instituciones comunes que se van a aplicar a los contratos, así como las reglas propias de cada determinado grupo de contratos.

Es importante destacar que el Código Civil reconoce la máxima importancia del contrato pues señala en su artículo 1859 que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Estas reglas generales y propias de cada contrato suelen especificarse dentro de la teoría general de las obligaciones, ya que se estudia al contrato como una de las fuentes de las obligaciones; “pero su gran importancia y su desproporcionada extensión parecen indicar la conveniencia de destacar con individualidad propia la doctrina general del contrato (*Messineo*), a la que nuestro legislador denomina “reglas generales de los contratos” (1958), ya que el contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (*Saleilles*), que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos (*Josserand*).³²

En el estudio de las Obligaciones se afirma que el contrato es una fuente de las más frecuentes de Derechos y Obligaciones, ya que es muy importante porque se estructura por los mismos contratantes mediante un acuerdo de voluntades de ambos y a esta unión de voluntades se le llama consentimiento. Así también los efectos que produce el contrato generalmente están previstos y son queridos por las partes.

En resumen, como hemos visto la fundamentación de la obligatoriedad del contrato está basada esencialmente en la autonomía de la voluntad de las partes desde sus orígenes. Sin embargo, la justificación de la obligatoriedad del contrato presenta un amplio desarrollo, cuya revisión en detalle excede el propósito de este análisis, no obstante, partiendo de lo anteriormente expuesto hemos podido dilucidar a grosso modo los antecedentes y fundamentos que fungen como base al concepto de contrato hoy vigente, que ha pasado a todos los códigos modernos y que puede sintetizarse con palabras sencillas: *como un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos*.

³² Sanchez Medal Ramón, cita a Messineo, Sakeilles y Josserand en *De los civiles*, 8va, ed., Edit. Porrúa, México, 1986, p.3.

3. Noción de Contrato y contrato bancario

*Artículo 1.133 C.C. “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.*³³

En palabras del Dr. Maduro Luyando, el contrato es un negocio jurídico bilateral integrado por manifestaciones unánimes de voluntad destinadas a producir los mismos efectos jurídicos del contrato³⁴

“Existe contrato —*dispone en su sintética pero suficiente visión el artículo 1254 C.C.*— cuando una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Así Savigny define al contrato como “el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas”.³⁵ Podemos entonces afirmar que el contrato es un proceso operativo destinado a producir consecuencias jurídicas patrimoniales, lo que cual se sustenta en el objeto de la obligación que se contrae, ya sea una compraventa, una donación, la prestación de un servicio, entre otros.

En sentido general, los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento de éstas, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1133 y 1141 del Código Civil venezolano.

La doctrina ha destacado tres tipos principales de contratos bancarios, pues son estas las operaciones principales de banca:

- **De Operaciones activas:** son documentos que regulan las transacciones donde el banco es acreedor. Nos referimos, por ejemplo, otorgar crédito mediante préstamos, descuentos, apertura de crédito y anticipos;
- **De Operaciones pasivas:** Son contratos mediante los cuales la institución capta recursos. Deben ser firmados, por ejemplo, recibir depósitos del público, emitir obligaciones; efectuar redescuentos; obtener anticipos o descuentos; etc.
- **De Operaciones neutras:** Cuando el banco no obtiene ni brinda financiamiento a su contraparte. Esto sucede, por ejemplo, adquirir y vender títulos; girar y transferir fondos; prestar servicios de cajas, de seguridad y de custodia; actuar como fiduciarios, ejecutar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza; com-

³³ Código Civil de Venezuela Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

³⁴ Maduro Luyando 2004, p. 515

³⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., p.5.

prar y vender divisas e importar oro amonedado o en barras; efectuar operaciones de mesa de dinero, intermediar en la colocación de capitales.³⁶

Por otra parte, tenemos los contratos bancarios. Este término, en general, siempre se entiende referido a los establecidos entre entidad financiera y el cliente como consecuencia de la actividad típica de dicha entidad y no al resto de contratos que suscribe un Banco o a la de ahorros, es por ello que no se considera contrato bancario el firmado por un Banco con un proveedor, por ejemplo.

Este tipo de contratos tradicionalmente habían sido definidos por la doctrina como contratos de adhesión, atípicos e innominados. La expresión contrato de adhesión ha sido atribuida al francés Saleilles³⁷, quien la acuñó a principios del siglo XX, el jurisconsulto francés, fue el primero en sostener que estos actos no podían ser explicados mediante la aplicación de la teoría contractual, porque, en realidad, eran actos producto de una sola voluntad y dio a los mismos la denominación de contratos de adhesión, con la que se los distingue actualmente. En su obra, escribía SALEILLES: “Indudablemente hay contratos y contratos... Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer;... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo”

En este sentido, la doctrina venezolana ha usado, en algunas oportunidades, la expresión “condiciones generales de contratación” para describir una cierta categoría de contrato de adhesión, asimismo, ha hecho alusión a las cláusulas que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran y se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia (las llamadas condiciones generales de contratación); por oposición a las cláusulas integradas en un formulario que individualiza el tipo de contrato de que se habla llamado por ello “contrato tipo”. El autor señala que no parece posible negar que las llamadas “Condiciones Generales de Contratación” y los “contratos-tipo” configuran casos de contratos de adhesión.³⁸

³⁶ Alfredo Morles Hernandez, la Banca en Venezuela, artículo de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEM).

³⁷ Raymond Saleilles (1855-1912), la declaration de volonté, 1901.

³⁸ MELICH ORSINI, José: “Las Particularidades del Contrato con Consumidores”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 93- 95.

El artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario³⁹ dispone: “Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.”

Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido propuestas por una de las partes y aceptadas por la otra (aunque casi sin discusión ni modificación), pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias. Nuestra doctrina define los contratos de adhesión como “convenciones en que uno de los contratantes se suma en forma incondicional al contenido preelaborado por el otro”⁴⁰

El Tribunal Supremo de Justicia venezolano, tuvo la oportunidad de describir los contratos de adhesión, en los siguientes términos: “El acuerdo sobre la celebración de un contrato va generalmente precedido de una libre discusión entre las partes contratantes. Sin embargo, a veces la posición respectiva de éstas es totalmente distinta, porque una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra...⁴¹ En nuestro país, las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes de una relación contractual a la otra parte son, sin duda, contratos de adhesión, en la medida, claro está, en que sean aceptadas por ésta. El Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que los “contratos de adhesión” son aquellos cuyas cláusulas son previamente determinadas por una sola de las partes contratantes, sin que la otra pueda introducirles modificaciones.”⁴²

Así, una que las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes sean aceptadas, expresa o tácitamente, por la otra parte, tales condiciones devienen un contrato de adhesión. En efecto, tal como lo ha indicado la doctrina venezolana, las condiciones generales de contratación pasan a integrar el contenido de la convención, desde el momento en que la voluntad del adherente da vida a la relación jurídica. En ese mismo momento se perfecciona el contrato de adhesión, el cual, cuando regula las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y su clientela, está sujeto a las reglas de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

³⁹ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Gaceta Oficial número 37.930, 4 de mayo de 2004.

⁴⁰ KUMMEROW, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

⁴¹ Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).

⁴² Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

3. *¿Regulación o intervencionismo en la contratación con la banca?*

Partiendo de lo antes expuesto, cabe entonces preguntarse *¿realmente existe autonomía de la voluntad en la contratación con la banca? ¿Qué tanto limitan las regulaciones estatales a la propia banca en sus negociaciones con particulares? ¿Los contratos bancarios aún son considerados como como contratos de adhesión innominados y atípicos?*

En relación a esta última interrogante podemos afirmar que con el devenir de los años esa idea de que los contratos bancarios eran figuras jurídicas atípicas carentes de regulación, quedo parcialmente deshabilitada frente a la dinámica y constante evolución que ha experimentado en las últimas décadas la actividad bancaria, con la creación de nuevos cuerpos normativos se ha ampliado aquellas escasas regulaciones entre las cuales resaltaba el artículo 2 del Código de Comercio que tipifica como “Acto de Comercio a las “Operaciones de Banca”⁴³. Sin embargo, afirmar a los contratos bancarios como de adhesión innominados o atípicos o no, no es el objetivo de este escrito, sino más bien analizar de forma general y objetiva la libertad que puede o no existir al contratar con la banca, ya sea por el consumidor o la propia banca.

En este sentido, parte de la doctrina sostiene el carácter de adhesión, que ha su juicio es indiscutible en los contratos bancarios, como hemos referido, en ésta existe una desigualdad económica notable entre las partes, siendo su efecto la irremediable aceptación de condiciones que son el resultado de una imposición por una de las partes se ha flexibilizado un poco. Así, se ha debatido si el intervencionismo contante por parte del Estado en esta materia desvirtúa la aseveración de que un contrato bancario es un contrato *únicamente de adhesión pues violenta la naturaleza jurídica* misma de este tipo de contratos.

Según lo examinado, la doctrina ha sido consecuente en afirmar que el Estado se ha hecho presente en limitar la libre autonomía de la voluntad para contratar con la banca, con la presencia de un conjunto de normas en diversas leyes que al conjugarlas van dirigidas a una tarea común, como lo es controlar, vigilar y regir la relación contractual bancaria, limitando en consecuencia la autonomía de la voluntad de las partes.

Este intervencionismo constante en las relaciones con la banca podría afirmarse que lesiona a su vez el derecho a la libertad económica de las instituciones bancarias. Es por ejemplo en las regulaciones emitidas por el Banco Central de Venezuela, la cual supone el débito de bolívares de las instituciones financieras para la adquisición

⁴³ Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Art. 2, N° 14.

de las divisas que de forma imperativa están obligados a adquirir del Banco Central de Venezuela. La expresión “automática” a la que hacen referencia las Resoluciones, supone que el Banco Central de Venezuela procedería a realizar la operación de venta de divisas de forma obligatoria y sin que exista el consentimiento de la institución financiera, a la cual se le han debitado los bolívares correspondientes. De modo que no se trata realmente de una operación de compraventa, pues no existe realmente el consentimiento de la institución bancaria para esta operación, además la Ley del Banco Central de Venezuela, no contempla en ninguno de sus artículos la posibilidad de que él como órgano, sin el consentimiento de las instituciones bancarias efectúe débitos “automáticos” de la cuenta única que mantienen en el Banco Central de Venezuela, justificadas en supuestas operaciones de compraventa de moneda extranjera, ya que restringe por no decir elimina la posibilidad de negociar, comerciar y decidir si se lleva a cabo la compra de moneda extranjera, esta debería ser una decisión que le corresponda tomar a las instituciones bancarias, siendo ello un atributo de su libertad económica, de acuerdo a lo previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.⁴⁴

Aunque es cierto, que la regulación y supervisión en la actividad bancaria se materializa a través del establecimiento de importantes limitaciones al ejercicio al derecho a la libertad económica de los sujetos que participan en ese sector económico, de acuerdo al artículo de la Carta Magna anteriormente mencionado, así como el reconocimiento de potestades administrativas al ente regulador que le permitan garantizar el funcionamiento de dicha actividad, al tratarse de un ordenamiento jurídico sectorial, la imposición de estas limitaciones debe provenir de la Ley, respetando así el principio de la reserva legal prevista en el artículo en cuestión, mediante limitaciones racionales, proporcionales y legítimas, nunca de forma absoluta o ilimitada, sino que deben ajustarse a los principios básicos de la competencia y el procedimiento en el ejercicio de la función propia de la Administración Pública y con el límite preciso del respeto de las garantías que protegen la libertad económica.

Así, cualquier limitación de la libertad económica debe hacerse atendiendo al principio del *favor libertatis*⁴⁵ que rige en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual la Administración no puede obligar a los particulares a hacer lo que no mande la ley, o prohibirle lo que ella expresamente no prohíba.⁴⁶

⁴⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999, 30 de diciembre). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No 36.860. [Extraordinaria], marzo 24, 2000. Artículo 112.

⁴⁵ El favor Libertatis es un principio que se vincula con los derechos de la persona humana, su libertad, dignidad e igualdad dentro de la esfera constitucional. Heriberto Araúz Sánchez, Ratio Legis, Junio 2021.

⁴⁶ CASSAGNE, JUAN CARLOS, La Intervención Administrativa, Editorial Abeledo-Perrot, p. 88.

No cabe duda de que en este ejemplo, que la medida de intervención cambiaría que supone realizar débitos automáticos por concepto de compraventa de divisas sin el consentimiento de las instituciones del sector bancario, incide directamente sobre uno de los atributos de la libertad económica, como es la libertad de disposición del patrimonio del banco y de decidir conforme a sus políticas en qué bienes invertir para contribuir con la solidez y la adopción de sus políticas internas dentro del marco regulatorio legalmente establecido para ello.⁴⁷

En este sentido el artículo 3 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario⁴⁸ señala en cuanto a las instituciones bancarias de carácter privado que cuentan con la protección del Estado para que puedan llegar a ser promovidas y desarrollarse libremente, mientras que este sólo realiza la función de supervisar su funcionamiento.

El profesor Víctor Hernández-Mendible⁴⁹ expone que la libertad de empresa no es un derecho absoluto, por cuanto constituye un derecho sometido a las limitaciones que impone la Constitución y la ley en el margen de economía social del mercado. De este modo, se pone en evidencia la limitante que existe en sentido constitucional en lo correspondiente a la libertad de empresa, pues estas recaen por razón de utilidad pública o interés social.

En este orden de ideas, el Dr. Brewer Carias⁵⁰ en relación a estas limitaciones da el ejemplo de la reserva legal como medio de control sobre ciertas áreas estratégicas o que por razones de seguridad deben ser exclusivas del Estado. Utiliza como ejemplo la posesión y el uso de armas de guerra, y también a la reserva de someter a las limitaciones legales la fabricación, comercio, posesión y uso de otras armas.

Así, el Tribunal Supremo de Justicia⁵¹ ha relativizado el derecho a la libertad de empresas señalando que:

“En tal sentido, esta sala ha señalado, que dicho principio de libertad económica, no debe ser entendido como un derecho que este consagrado en términos absolutos, sino que el mismo puede ser susceptible de ciertas limitaciones, siendo que estas pueden venir dadas tanto por la Constitución, como por la ley o por manifestaciones provenientes de la administración, las cuales, previa sujeción al principio de legalidad, pueden regular, limitar y controlar las actividades económicas que desempeñen los particulares.”

⁴⁷ Revista de la Facultad de Derecho N° 75. 2020-2021 ISSN: 2790-5152

⁴⁸ Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015. De 28 de diciembre de 2010. Artículo 3.

⁴⁹ MENDIBLE V. 2005. Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

⁵⁰ BREWER, Allan. 2004. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo

⁵¹ Sentencia No. 4957 de fecha 15/12/2005

A los elementos expuestos, se le suma el carácter mixto de la economía venezolana, por lo cual el Estado puede intervenir a la hora de regular el sistema económico, para así lograr salvaguardar la infraestructura de algunos sectores de la economía nacional. Para proteger la institución bancaria que corran el riesgo de ser liquidada, para proteger los intereses de los particulares.⁵²

Del mismo modo, se debe tomar en cuenta que, en Venezuela, los bancos se encuentran constituidos como sociedades anónimas que operan en forma de empresa realizando diversas operaciones bancarias, pero todas estas empresas tienen como finalidad la prestación de un servicio público.⁵³

La Ley en cuestión explica que la actividad desempeñada por las instituciones del sector bancario tiene el carácter de un servicio público y es por esta razón que se justifica que dichas actividades queden mayormente limitadas por la regulación del Estado, tomando en consideración la obligación por parte del Estado de proveer los servicios públicos permanentemente y de manera continua en el tiempo.

Así otra parte de la doctrina señala que dada la importancia del sector bancario dentro del ámbito nacional como elemento que integra el Sistema Financiero Nacional, es natural pensar en la necesidad de ser regulado cuidadosamente por los órganos del Estado, pero la insuficiencia en la legislación respectiva así como la ambigüedad y vaguedad que desprende el texto normativo pueden ocasionar una limitación a la libertad de empresa de los miembros de las distintas instituciones financieras, que va más allá de la limitación a la propiedad privada y al ejercicio de la actividad económica de su preferencia.

Por otra parte, algunos autores plantean que al contrastar estas hipótesis con la realidad política, económica y social en Venezuela se podría llegar a argumentar que el régimen socioeconómico de la República puede encontrarse ante una serie de cambios radicales que vayan a afectar el régimen constitucional y jurídico con la finalidad de moldearlo de una manera que se pueda implementar un monopolio público nacional donde la banca privada sea estatizada a través de intervenciones administrativas de carácter especial, lo cual no solo afectaría el derecho a libertad de empresa de los empresarios del sector bancario sino que constituiría un monopolio de carácter público contrario al principio antimonopolio consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵² Artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

⁵³ Artículo 8 de la ley de instituciones del sector bancario (2014)

4. *¿Fintech y los Smart Contracts el futuro de la banca? ¿Cómo es su regulación?*

Por otra parte, es importante tener en consideración que la relación entre el derecho, las empresas financieras y la tecnología ha cambiado para siempre, transformando la forma en la que las personas se relacionan con el dinero en su vida cotidiana. Así, la compra de productos, el pago de facturas y las transferencias se llevan a cabo a través de productos y servicios cada vez más innovadores. Pero ¿Qué es Fintech? Y ¿Cómo afecta la implementación de estas tecnologías y la creación de estas nuevas figuras jurídicas en la regulación contractual existente entre el Estado y la banca? Es de considerar que este es un sector integrado por empresas que utilizan la tecnología para mejorar o automatizar los servicios y procesos financieros. El término fintech hace referencia a un sector en rápido crecimiento que se orienta a los intereses de los consumidores y a las empresas.

Desde la banca móvil a las compañías de seguros, pasando por las aplicaciones de inversión, la tecnología financiera se ha convertido en una industria enorme que seguirá aumentando en los próximos años según diferentes informes, que aseguran que el apoyo y adopción de esta tecnología por parte de los bancos tradicionales será decisivo, ya sea adquiriéndolas o asociándose con el objetivo de lograr, por fin, la mentalidad digital que necesitan para que sus empresas sigan siendo viables.

La Resolución n.º 001.21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario⁵⁴ define legalmente el vocablo *fintech* traducido en español como Tecnología Financiera, es definido en la norma como “soluciones financieras propiciadas por la tecnología, que involucra a todas aquellas empresas de servicios financieros que utilizan procesos y sistemas tecnológicos de avanzada para poder ofrecer productos y servicios financieros innovadores bajo nuevos modelos de negocio.” En este sentido, la comunidad financiera internacional reconoce precisamente en la definición de fintech, el elemento de innovación, y con ello acoge lo apuntado por el *Financial Stability Board*⁵⁵ que indica que tal carácter innovador en el campo financiero daría lugar a nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos con consecuencias materiales en los mercados, instituciones financieras y en la prestación de servicios financieros.

⁵⁴ Gaceta Oficial N° 42.162 del 6 de julio de 2021 se publicó la reimpresión de la Resolución N° 001- 21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN). Artículo 3, numeral 8.

⁵⁵ Financial Stability Board, *Financial Stability Implications from Fintech, Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' Attention*, 2017.

Estas tecnologías ofrecen soluciones para empresas, empresarios, usuarios y consumidores, permitiendo el uso de medios financieros alternativos para facilitar operaciones tradicionales como, por ejemplo: la apertura de cuentas, contratación, de productos bancarios y financieros, pagos en línea, apertura de líneas de crédito para el financiamiento, transferencias interbancarias, por una parte, además de permitir el desarrollo de otros productos tecnológicos.

Esta resolución marca un diferencial entre las instituciones bancarias tradicionales y las instituciones de tecnología financiera, siendo así diferente su regulación, en este sentido, las primeras estarían sujetos a un proceso de autorización dispuesto y desarrollado en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, mientras que los segundos, estarán sujetos al régimen especial contemplado y regulado por medio de la Resolución n.º 001.21 antes mencionada, cuyas actividades estarían enmarcadas “en operaciones de tecnología financiera para las instituciones del sector bancario”, recién denominadas ITFB, quienes a su vez serán reguladas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de Venezuela y el *Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional*, sin embargo, también se relaciona su regulación con las normas dictadas por el Banco Central de Venezuela, todo ello sin menoscabo de las normas mercantiles y especiales que pudieran ser aplicables en razón de la materia.

Esta norma tiene por objeto reglamentar la industria de las tecnologías financieras tanto en su organización, actividad y prestación de servicios, así como busca garantizar la protección de los datos y cuentas de los usuarios. Un aspecto significativo de esta norma es la prevención de operaciones para la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Por su parte, los contratos inteligentes o Smart Contracts de blockchain surgen como un concepto revolucionario en diversos sectores. Estos son contratos autoejecutables en los que los términos del acuerdo están incrustados directamente en el código. La aplicación más común utilizada para los contratos inteligentes se encuentra en el ámbito de las criptomonedas, donde automatizan transacciones complejas y potencian aplicaciones descentralizadas. Aunque el concepto de contrato inteligente puede parecer abstracto, su impacto potencial es tangible y significativo. Se proyecta que para 2032, el mercado de los contratos inteligentes alcanzará un valor impresionante de \$1,514 millones.

En las soluciones de Fintech y banca, los contratos inteligentes sirven como una herramienta indispensable en diversos flujos de trabajo y operaciones financieras. El uso de contratos inteligentes ayuda a automatizar procesos complejos de documentación y verificación que tradicionalmente se encuentran en las finanzas, simplificando

así los procedimientos mediante la automatización del seguimiento de desembolsos y pagos. Los contratos inteligentes también facilitan la verificación de identidad y aceleran las transacciones transfronterizas y de persona a persona. Además, estos casos de uso de contratos inteligentes han sido fundamentales en el auge de las finanzas descentralizadas (DeFi⁵⁶). Estos respaldan los protocolos DeFi, permitiendo el préstamo directo de persona a persona y el intercambio de tokens en intercambios descentralizados. También permiten la agricultura de rendimiento, automatizando el proceso de recompensa a los proveedores de liquidez⁵⁷.

El Abogado Álvaro Herra-Morales⁵⁸ señala que: *“La estructura básica de un contrato inteligente es la estructura de control condicional; donde se permite bifurcar la ejecución de un programa en base a una condición. La lógica es tan simple como programar una instrucción autónoma donde; si ocurre (x) haz (z); y si no ocurre haz (w); resultando en un acuerdo virtual blindado, donde verificada la condición, se ejecutará automáticamente el cumplimiento de la obligación, sin posibilidad de fraude.*

Entre las aplicaciones de uso cotidiano en Venezuela, podemos encontrar algunos visos de Contratos Inteligentes en el sistema de PayPal, por ejemplo, donde actualmente utilizan los denominados contrato de depósito, a través de los cuales un intermediario conocido como agente de depósito en garantía audita el cumplimiento de ciertas condiciones pactadas en el contrato para activar, en su caso, los protocolos que permitan efectuar esa transacción.”

Estas tecnologías han logrado un protagonismo importante a nivel global en los últimos años y en Venezuela, a pesar de ser bastante recientes, las Fintech y los Smart Contracts, están creciendo rápidamente; cada vez con mayor intensidad, la industria y sociedad venezolana aprovechan estas tecnologías debido a su gran facilidad de acceso y uso. Ahora bien, debido a la corta data del desarrollo en la utilización de estas tecnologías en nuestro país, aún hay mucha incertidumbre sobre su regulación, causando que sean más propensas a cambios legislativos y regulatorios. Hechos que podrían vulnerar o no la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación digital.

⁵⁶ Las finanzas descentralizadas (DeFi, como suele llamárselas en inglés) son una alternativa. Usan redes públicas de cadenas de bloques para realizar transacciones sin depender de proveedores de servicios centralizados como custodios, cámaras de compensación o depositarios.

⁵⁷ <https://iccsi.com.ar/contratos-inteligentes-en-venezuela/?shared=false>

⁵⁸ <https://www.linkedin.com/pulse/contratos-inteligentes-una-nueva-era-para-la-legal-herrera-morales/>

A pesar de su novedad y alto grado de regulación es indudable que estas tecnologías representan la nueva era de la industria financiera, estas resultan extremadamente ventajosas para las empresas de servicios financieros que deseen aplicarlas, reduciendo costos de personal y operatividad y agregando alternativas para la optimización de servicios, convirtiéndose en casi obligatorias para aquellas empresas que quieran potenciar su crecimiento y expansión en este nuevo auge de las tecnologías financieras⁵⁹.

CONCLUSIÓN

A lo largo de la historia desde los romanos, hasta la actualidad, la naturaleza jurídica del contrato ha estado inherentemente unida a la autonomía de la voluntad de las partes, siendo este uno de sus elementos más relevantes, pues, en esencia, el fundamento obligatorio del contrato radicaría en la voluntad de las partes, con énfasis en la idea de la confianza que se genera en la contraparte, así, creen en que ambos cumplirán sus obligaciones de manera libre y voluntaria.

En Venezuela, aunque existe cierta libertad para establecer cláusulas y condiciones en los contratos bancarios, las normas y regulaciones venezolanas influyen significativamente en su contenido y alcance. Actualmente en la práctica que se tiene sobre las instituciones del sector bancario en Venezuela, se observa que estamos frente a un supuesto en el que se encuentran en conflicto las libertades individuales y las potestades estatales para intervenir en la esfera económica de los particulares, es por ejemplo en el marco de las operaciones de intervención cambiaria donde no se le da prevalencia a la libertad económica, desde que se efectúan las operaciones, sin tomar en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, las leyes venezolanas le otorgan a la actividad bancaria la condición de servicio público, es decir, una actividad que el Estado debe proveer de forma continua en el tiempo con la finalidad de satisfacer un interés colectivo, dada la importancia del sector bancario dentro del ámbito nacional como elemento que integra el Sistema Financiero Nacional, justificando así el intervencionismo del Estado en la relación entre la banca y los particulares. Sin embargo, creemos pertinente recordar que también es una actividad ejecutada por un sector privado con una importancia significativa, y que, del mismo modo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra el derecho a la libertad de empresa en su artículo 112, concatenado con su artículo 299 que establece el régimen socioeconómico de la nación como un Estado social de derecho.

⁵⁹ Las Fintech para empresarios y su regulación en Venezuela. PwC, Abg. Héctor Battistel.

Ahora bien, aunque las partes tienen el poder subjetivo de ejercer la libre autonomía de la voluntad para decidir si se contrata o no, de aceptar o rechazar una oferta o un conjunto de condiciones, en el plano de la posterior aceptación, donde se ha materializado el contrato, es donde toma relevancia la otra vertiente de la autonomía de la voluntad, es decir, una vez que ambas partes se han adherido al contrato, como garantía del cumplimiento posterior de ese acuerdo, se somete a una tercera voluntad, la del Estado, que participa limitando justificadamente ese poder subjetivo.

Sin embargo, también existen casos, donde el banco no puede elegir o elaborar el contenido del contrato, debiendo manifestar a sus clientes que deben sujetarse a lo dispuesto por el Estado, cuando actúa con la intención de moderar o controlar el contenido.

Es por ejemplo aquellos casos en los que existen modelos contractuales elaborados por el banco, como los formularios para afiliación de cuenta corriente o tarjetas de crédito, que deben someterse a revisión y aprobación de la SUDEBAN, o cuando el contrato debe ir redactado por cláusulas predisuestas en modelos contractuales confeccionados por un órgano competente, como el BANAVIH, en el otorgamiento de créditos hipotecarios, que son insustituibles e inmodificables, entre otros.

En estos casos, no caben dudas de que las situaciones antes descritas, representan las restricciones a la libre autonomía de la voluntad de los bancos y sus clientes, siendo sustituida por un resignado sometimiento de la voluntad ajena del Estado que participa en esta relación.

Es claro, que el Estado venezolano limita la autonomía de la voluntad cuando somete a los bancos al control de los órganos rectores de la actividad financiera, revestidos de cuerpos normativos que dirigen el control y vigilancia en las relaciones que derivan entre los bancos y otras instituciones financieras con los particulares, con el propósito de brindar una seguridad jurídica extrema. Es así como se manifiestan las restricciones en el carácter volitivo, quedando condicionado, como consecuencia de preservar la buena fe y el orden público, fundamentado en el Estado Social de Derecho, garantizado mediante normas imperativas de orden público.

En este sentido, el Doctor Maduro Luyando⁶⁰, sostiene que los efectos de la autonomía de la voluntad no tienen ni pueden poseer un alcance y aplicación absoluta, cuando el Estado interviene, normando, moderando y regulando la voluntad de las partes, precisamente en los contratos bancarios, por considerarlos materia de orden público, ya que está involucrado como se ha venido explicando el orden público y las buenas costumbres.

⁶⁰ "Limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad"(1989).

Asimismo, dentro del ordenamiento jurídico venezolano, el Código Civil consagra en su artículo 6, de modo general, un mandato o control que analíticamente se extiende a la autonomía de la voluntad en la relación contractual de los bancos por estar sometidos a leyes de interés público, cuando describe: *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*.

Es por ello, que el ordenamiento jurídico venezolano cuenta con normas que consolidan lo previsto en el artículo comentado, por cuanto el mismo Estado se ha encargado de participar necesariamente en el desarrollo de los contratos bancarios, mediante el control de contenidos de los mismos, quedando así, como se ha venido explicando, limitada a veces en gran medida la libre autonomía de la voluntad.

Lo que hace necesario darle a cada rama su importancia y significancia en el derecho, mantener sus diferencias sustantivas y adjetivas claras para su correcta aplicación en el mundo concreto, respetando siempre la autonomía de la voluntad y ponderar el grado de regulación estatal. De tal modo que, aunque se puede evidenciar el deber del Estado a proteger y promover las actividades económicas de los particulares, también es importante delimitar de manera clara y concisa los límites de los derechos de los ciudadanos y del Estado en cuanto a su intervención en las actividades netamente económicas.

Más aún en la actualidad, situación en la que las instituciones públicas y privadas del sector bancario se ven en la necesidad imperante de adaptarse a las nuevas formas y modelos de contratación pues es claro que el mundo está experimentando una transformación significativa debido a la creciente demanda de servicios financieros en línea nuevas tecnologías.

Venezuela no escapa de ello, y aunque la banca ha venido siguiendo esta tendencia a la digitalización de sus servicios, donde se observa un crecimiento de ofertas de servicios de pago y compras gestionados por terceros, buscando aprovechar el incremento en moneda extranjera que se encuentra en circulación en efectivo, el alto volumen de remesas y el incremento de penetración de celulares inteligentes, empleando poco a poco los nuevos Smart Contracts.

La regulación Estatal se ha hecho presente, así, la Resolución 001.21, emitida por la SUDEBAN, establece las normas y regulaciones que rigen el uso de las ITFB y los servicios ofrecidos a través de la banca electrónica, estableciendo los requisitos para la creación y operación de las ITFB, así como las obligaciones y responsabilidades que deben cumplir. También se establecen las medidas de protección para los clientes, incluyendo la protección de datos personales y financieros. En general, la tecnología financiera es una tendencia en constante evolución que está cambiando la forma en que las empresas y los consumidores interactúan entre sí y con el mundo que les rodea.

Hecho que ha nuestro criterio no esta mal, el Estado debe fungir como un tercero imparcial en pro de velar por el débil jurídico, pero en ningún caso ejercer su poder desmedidamente, a tal punto que invierta los roles, y quien antes era el que representaba al fuerte de la relación contractual, pase a tal grado de subyugación que invierta totalmente los roles. Es necesario a nuestro pensar mantener un equilibrio, velando sí por el orden público, pero respetando la autonomía del hombre y su capacidad negocial. Creemos que es necesario la unificación normativa a través de una ley orgánica que recoja normas que protejan y velen por todos los actores de las relaciones contractuales con la banca.

BIBLIOGRAFÍA

- MENDIBLE V. 2005. Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- BREWER, Allan. 2004. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
- MELICH ORSINI, José: “Las Particularidades del Contrato con Consumidores”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 93- 95.
- KUMMEROW, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia Nª N°4957 de fecha 15 de diciembre de 2005. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/4957-151205-05-1640%20.HTM>.
- Asamblea Nacional Constituyente. 1999 Constitución República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453.
- Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Art. 2, N° 14.
- Código Civil de Venezuela Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Gaceta Oficial N° 42.162 del 6 de julio de 2021 se publicó la reimpresión de la Resolución N° 001- 21 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN). Artículo 3, numeral 8.
- Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015. De 28 de diciembre de 2010. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.162 de 6 de julio de 2021 (reimpresión).

Financial Stability Board, Financial Stability Implications from Fintech, Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' Attention, 2017, disponible en: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf>

Revista de la Facultad de Derecho N° 75. 2020-2021 ISSN: 2790-5152

Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.015. De 28 de diciembre de 2010. Artículo 3.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, La Intervención Administrativa, Editorial Abeledo-Perrot, p. 88.

Sentencia No. 4957 de fecha 15/12/2005

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Gaceta Oficial número 37.930, 4 de mayo de 2004.

Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).

Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

Alfredo Morles Hernandez, la Banca en Venezuela, artículo de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Raymond Saleilles (1855-1912), la declaration de volonté, 1901.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op, cit., p.5.

Sanchez Medal Ramón, cita a Messineo, Saleilles y Josserand en De los civiles, 8va, ed., Edit. Porrúa, México, 1986, p.3.

Esborraz, 2008, pp. 237–283; Guzmán Brito, 2006, pp. 73–134.